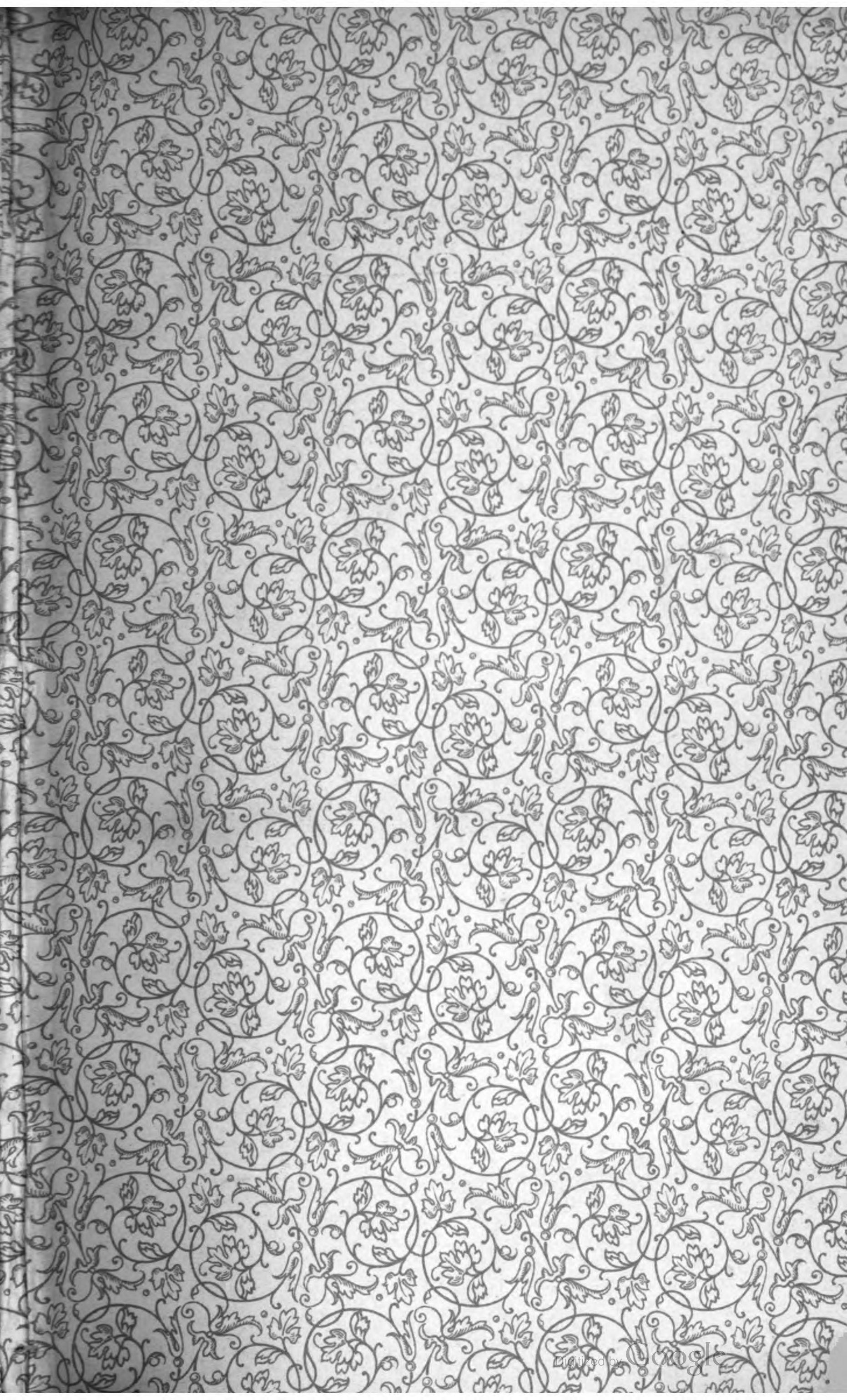

Periodicals
HL ODTB J


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV · ANG ·
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



Archiv
für praktische
Rechtswissenschaft
aus dem Gebiete
des
Civilrechts, Civilprocesses und Criminalrechts,
mit namentlicher Rücksicht
auf
Gerichtsaussprüche und Gesetzgebung.

Herausgegeben
von

Dr. Emminghaus, vortr. Rath im Staats-Ministerium, Dep. der Finanzen in Weimar, W. Heinzerling, Bezirksstrafrichter in Darmstadt, Dr. E. Hoffmann, Hofgerichtsrath in Darmstadt, Dr. von Ihering, Geh. Justizrath und Professor in Göttingen, H. Martin, Oberappellationsgerichtsrath in Kassel und A. Weber, Hofgerichtsrath in Darmstadt.

Neue Folge. Neunter Band.

Darmstadt & Leipzig.
Eduard Zernin.
1872.

Rec. Apr. 15, 1904.

Inhaltsverzeichniß.

B. Entscheidungen:

Buchdruckerei von C. W. Leske in Darmstadt.

I.

Untersuchung über die Verpflichtung zur Stellung des Zuchtviehs nach gemeinem und hessischem Rechte.

Von

Herrn Dr. Otto Gerland,
Rechtsanwalt und Notar zu Schmalkalden.

Vorbemerkung.

Die Frage, wie sich die vielfach vorkommende Verpflichtung zur Stellung des Zuchtviehs rechtlich konstruiren lasse, ist eine für das Rechtsleben nicht unwichtige; denn bei der großen Bedeutung des Zuchtviehs für die Landwirthschaft und bei der Größe des Bruchtheils unseres Volkes, welcher sich mit Landwirthschaft beschäftigt, tritt die Frage nach der Verpflichtung zur Stellung des Zuchtviehs sowol an Juristen als auch an Verwaltungsbeamte im allgemeinen und insbesondere bezüglich der Ablöslichkeit dieser Verpflichtung sehr häufig heran. Die Ablöslichkeit der genannten Verpflichtung wird aber in Folge der in den letzten Jahrzehnten eingetretenen großartigen Veränderungen in den landwirthschaftlichen und volkswirthschaftlichen Ansichten um so mehr gefordert, als man in dieser Verpflichtung keineswegs eine durch die Natur der Sache mit Nothwendigkeit gebotene Beschränkung des Verpflichteten in seiner Wirthschaft finden kann. Wie wenig dann auch der Verpflichtete heut zu Tage noch gewillt sein möchte, mit Pufendorf, Observat. Tom. III. S. 569, in dieser Verpflichtung ein „commodum“ zu finden, beweisen insbesondere auch die im Ver-

laufe dieser Untersuchung wenigstens auszugsweise mitzutheilenden zahlreichen Rechtsstreite der letzten Jahre, welche alle daraus entsprungen sind, daß der zur Stellung des Zuchtviehs Verpflichtete sich dieser Verpflichtung zu entziehen suchte. Nun kann man aber das in Rede stehende Rechtsverhältniß, wie so manche andere, welche ihren Ursprung nicht im geschriebenen, sondern im Gewohnheitsrechte haben, ohne ein, allerdings bei der jetzigen Richtung der Gesetzgebung auf Beseitigung veralteter Rechtsverhältnisse täglich schwerer werdendes Zurückgehen auf die ältesten Rechtsverhältnisse unseres Volkes nicht klar stellen, sondern es werden ohne das die Beantwortungen immer lückenhaft oder nuvollständig und unzutreffend ausfallen, wie dieß auch von

Wippermann, Recht der Meierämter und C. Grimm, Rechtsverhältnisse des Gemeindenutzens in Oberhessen

bezüglich der dort zitirten, mit der vorliegenden Frage verwandten Rechtsverhältnisse gezeigt wird. Es ergibt sich daraus gleichzeitig, daß wir es mit einer im wesentlichen nach deutschem Rechte zu entscheidenden Frage zu thun haben, und daß deshalb alle Versuche, das fragliche Rechtsverhältniß anders ableiten zu wollen, mißlingen mußten; und dieß ist auch der Grund, weshalb unsere ältere juristische Literatur, soweit sie nicht Urkunden mittheilt, so außerordentlich wenig Stoff für die vorliegende Erörterung bietet, da sie nicht auf das deutsche Recht zurückgeht, wie denn z. B. das 905 Folioseiten starke Werk von Gottfried Christian Leißer: Jus Georgicum, sive tractatus de praediis, von Land-Güthern, in quo univ. jus praediorum cum eorum constitutione, differentia et pertinentiis ex jure gentium, Romano, feudali et usu moderno deductum“, Leipzig 1698, nicht ein einziges Wort über unsere Frage enthält, obgleich dem Verfasser nach dem Inhalt des Titelbildes der Gedanke an das Zuchtvieh keineswegs fern gelegen hat.

Es ist mir daher wol gestattet, diesen Stoff zu bearbeiten, der mir selbst in verschiedenen praktischen Fällen zur Untersuchung und Bearbeitung vorlag, und ich will daher im

Nachfolgenden die Verpflichtung zur Stellung des Zuchtviehs nach gemeinem und insbesondere nach kurhessischem Rechte erörtern, auf welch' letzteres als Beispiel der partikularen Entwickelung des fraglichen Rechtsverhältnisses vorzugsweise zu beschränken mir als Praktiker wol umsomehr nachgesehen wird, als auch trotz der im Einzelnen abweichenden Entwicklung in den zahlreichen, verschiedener Gesetzgebung unterworfenen deutschen Territorien doch die gemeinsame Grundlage unverändert blieb, und ich will meine Untersuchung derart einrichten, daß ich nach einer geschichtlichen Einleitung (in §. 1) und nach Feststellung des Begriffs (in §. 2) zeige, daß diese Verpflichtung der Regel nach auf der Markgenossenschaft beruht (§. 3), will sodann die rechtliche Natur der Verpflichtung untersuchen (§. 4), im weiteren Verlaufe die abweichenden Ansichten über die Natur der fraglichen Verpflichtung beleuchten (§. 5) und schließlich die Ablöslichkeit der fraglichen Verpflichtung erörtern (§. 6). Einige bei Gelegenheit der Untersuchung zu betrachtende, bisher m. W. ungedruckte Urkunden werden als Anlagen I—IV angehängt.

Die von mir benutzten Werke nach den mir vorgelegenen Auflagen derselben habe ich der leichteren Bezugnahme halber, und um von vornherein eine Uebersicht des mir zu Gebote gestandenen wissenschaftlichen Materials zu gewähren, in einem Verzeichnisse zusammengestellt und verweise, um den Text der Erörterung nicht zu sehr mit Anführungen von Stellen dieser Werke zersplittern zu müssen, im allgemeinen auf diese Werke und die darin enthaltenen Ergebnisse, namentlich aber auf den Inhalt der Werke von Waitz und Maurer, welchen ich mich selbstverständlich im Wesentlichen anschließe.

Etwaige Mängel dieser Arbeit, namentlich auch bezüglich der benutzten Literatur bitte ich mit meiner Berufsthätigkeit, welche mir nicht gestattete, im Zusammenhang an dieser Untersuchung zu arbeiten, und mit meinem, vom wissenschaftlichen Leben etwas abgelegenen Wohnorte zu entschuldigen.

Verzeichniß der benützten Werke.

Büff, das Schäfereirecht auf Grund des gemeinen Rechts und seiner Ausbildung in Kurhessen. Kassel 1863. — Dronke, Codex diplomaticus Fuldensis. Kassel 1850. — Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht. 3. Ausgabe. Göttingen 1829. — Endemann, die Markgenossenschaft und die Landgemeinde in Hessen in der Zeitschrift für Preußische Geschichte und Landeskunde, herausgegeben von Hassel. VII. Jahrgang. Berlin 1870. — Estor, Bürgerliche Rechtsgelehrsamkeit der Teutschen, herausg. von Hofmann. Bd. I. Marburg 1757. — Gaupp, die Germanischen Ansiedlungen und Landtheilungen in den Provinzen des römischen Westreichs. Breslau 1844. — Gerber, System des deutschen Privatrechts. 8. Auflage Jena. 1863. — Grimm, C., Die Rechtsverhältnisse des Gemeindenutzens in Oberhessen mit Beziehung auf die Königliche Verordnung vom 13. Mai 1867. Marburg und Leipzig 1870. — Grimm, Jac., Weisthümer. Theil I—III. Göttingen 1840—42. — Grimm, Jac., Deutsche Rechtsalterthümer. 2. Ausg. Göttingen 1854. — Gründler, Polemik des germanischen Rechtes. Merseburg 1832. — Häfner, Die Herrschaft Schmalkalden in topographischer und statistischer Hinsicht; fortgesetzt von Zilcher. Bd. I—V. Schmalkalden 1808—1832. — Hagemann, Handb. des Landwirthschaftsrechts. Hannover 1807. — Heuser, Annalen der Justizpflege und Verwaltung in Kurhessen. Bd. I—XVI. Cassel 1854. — Kopp, Handbuch zur Kenntniß der Hess. Kassel. Landes-Verfassung und Rechte. VII Bde. Kassel 1796—1808. — Lacomblet, Urkundenbuch für Geschichte des Niederrheins. Bd. I—IV. Düsseldorf 1849—58. — Landau, Die Territorien in Bezug auf ihre Bildung und Entwickelung. Hamburg und Gotha 1854. — Landau, Das Salgut. Kassel 1862. — Lennep, Abhandlung von der Leyhe zu Landsiedel-Recht. Marburg 1768. Codex probationum dazu das. 1768. — v. Maurer, Einleitung zur Geschichte der Mark-, Hof-, Dorf- und Stadt-Verfassung und der öffentlichen Gewalt.

München 1854. — v. Maurer, Geschichte der Markenverfassung in Deutschland. Erlangen 1856. — v. Maurer, Geschichte der Freihöfe, der Bauernhöfe und der Hofverfassung in Deutschland. Bd. I. Erlangen 1865. — Mone, Zeitschrift für die Geschichte des Oberrheins. Karlsruhe 1851 ff. — Pertz, Monumenta Germaniae historica Leges Tom. I. Hannoverae 1835. — Pfeiffer, B. W., Praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft mit Erkenntnissen des Oberappell-Gerichts zu Kassel. Bd. I—VIII. Hannover 1825—46. — Puchta, Pandekten 8. Auflage. Leipzig 1856. — Pufendorf, Observationes juris universi. Tom. I, III. Hannoverae 1756. — Püttmann, Ueber die Sattelhöfe. Leipzig 1788. — Richter, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts. 4. Ausg. Leipzig 1853. — Roth, Geschichte des Beneficialwesens von den ältesten Zeiten bis in's zehnte Jahrhundert. Erlangen 1850. — Roth und v. Meibom, Kurhessisches Privatrecht. Bd. I. Marburg 1858. — Rückert, Gemeinde-Rechtsbuch. Zusammenstellung der wesentlichen und wichtigsten auf die Gemeinde und das Gemeinderecht bezüglichen Landesgesetze des Herzogthums Sachsen-Meiningen. Meiningen 1864. — Rudloff, Ueber die Gemeindenutzungen nach dem Rechte des Großherzogthums Sachsen. Weimar 1862. — Sachse, die Nutzungsrechte der Bürger am Gemeindegute in dem Großherzogthum Sachsen-Weimar-Eisenach. Weimar 1859. — v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts. Band I—VIII. Berlin 1840—1849. — v. Savigny, Das Obligationenrecht. Bd. I—II. Berlin 1851—53. — Schuller, Zur Frage der Herkunft der Sachsen in Siebenbürgen. 2. Auflage. Prag 1866. — Ullrich, Ph. F., Dissertatio de differentiis decimarum secularium et ecclesiasticarum in Germania praesertim de jure decimarum Hassiaco, Marburgi 1769. — Unger, Die altdeutsche Gerichtsverfassung. Göttingen 1842. — Waitz, Deutsche Verfassungsgeschichte. Bd. I. 2. Auflage. Kiel 1865. Bd. II—IV. 1. Aufl. Kiel 1847—61. — Wip-

permann, Carl F. L., Das Recht der Meierämter. Göttingen 1859. — Zöpfl, Alterthümer des deutschen Reichs und Rechts. Bd. I—III. Leipzig und Heidelberg 1860—61. — Zeitschrift des Vereins für hessische Geschichte und Landeskunde. Kassel 1837 ff.

§. 1.

Geschichtliche Einleitung.

Die vorliegende Untersuchung läßt sich nicht zur Genüge durchführen, wenn man nicht zunächst einen Blick auf die Entstehung und Entwickelung der Gemeinden in Deutschland wirft. Ich brauche dabei die, übrigens auch meines Dafürhaltens bereits im Allgemeinen zu Gunsten der Dörfer erledigte Streitfrage, ob die ältesten Ansiedelungen unseres Volkes in Dörfern oder einzelnen Höfen erfolgten, nicht zu berühren, da selbstverständlich die hier erörterte Verpflichtung nur da vorkommen kann, wo eine Mehrheit von Betheiligten eine Gemeinschaft bildet, so daß die selbst ohne Gemeinschaft von Feld, Wald und Weide angelegten oder aus dieser Gemeinschaft ausgeschiedenen Höfe hier nur insofern von Bedeutung sind, als sich auf dem zu einem solchen Hofe gehörigen Grund und Boden durch Ansiedelung der Hofgenossen wiederum eine neue Gemeinschaft von Feld, Wald und Weide gebildet hat, welche sich nur dadurch von der ursprünglichen freien Gemeinde unterscheidet, daß an Stelle des gemeinsamen Willens der Genossen nunmehr der Wille des Grundherrn der maßgebende wird.

Diese Gemeinden oder Dörfer erscheinen aber ursprünglich in Deutschland nur als privatrechtliche Genossenschaften zum Betriebe der wesentlich auf die Viehzucht gegründeten Landwirthschaft. Sie hatten keine politische Bedeutung, zogen sich zwar durch die staatlichen Verbindungen hindurch, dienten denselben aber weder zur Grundlage, noch standen sie mit denselben in regelmäßigem Zusammenhange. Sie beruhten nur auf den agrarischen Verhältnissen und beschränkten sich deshalb

auch in ihrer Bedeutung wesentlich auf das, was damit im Zusammenhang stand; die Bedeutung von politischen Gemeinwesen haben sie erst in viel späterer Zeit und nur nach und nach erhalten. Es mag dieser Uebergang aus der privatrechtlichen zur politischen Gemeinde ebensosehr damit zusammenhängen, daß nach Auflösung der Gauverfassung und nach dem durch diese Auflösung bedingten Wegfall der zur Zeit der Gauverfassung thätigen öffentlich-rechtlichen Organe andere Glieder für die Lebensthätigkeit des staatlichen Organismus nothwendig waren, als auch dazu der Umstand beigetragen haben mag, daß bei der Entwicklung sowol der königlichen, als auch der landesherrlichen Gewalt auf beide ein guter Theil der Rechte an der Mark, namentlich aber die Vorstandschaft der meisten Marken, und damit, wo nicht die Herrschaft über die Mark selbst, so doch mindestens das Recht der Bestellung oder Bestätigung der Mark- oder Gemeindebeamten übergieng, wodurch diese Beamten, beziehungsweise die Vorstandschaft der Mark überhaupt wegen ihrer nunmehrigen Verbindung mit den politischen Gewalten ein mehr oder weniger politisches Gepräge annehmen mußten, es mag auch die durch Einführung des mit unserem deutschen Begriffe von Genossenschaften unbekannten römischen Rechts eingetretene großartige Aenderung in den juristischen Anschauungen dazu beigetragen haben.

Wie dem nun aber auch sei, diese allmählige Entwickelung finden wir überall im Bereiche des deutschen Rechts. Für das Gebiet des Großherzogthums Sachsen z. B. bis zur Landgemeinde-Ordnung vom 2. Januar 1840 oder der Gemeinde-Ordnung vom 18. Januar 1854 ergibt sich dieß aus den angezogenen Schriften von Rudloff und Sachse, in Sachsen-Meiningen-Hildburghausen tritt die politische Gemeinde mit dem Erlaß des Grundgesetzes für die vereinigte landschaftliche Verfassung des Herzogthums vom 23. Aug. 1829 auf, und es entwickelt sich dieser Begriff weiter in dem Edikt vom 15. August 1840 und dem Gesetz über das Gemeindewesen vom 11. Mai 1848, und so zeigt sich uns das-

selbe auch in dem Gebiete des ehemaligen Kurfürstenthums Hessen. Auch hier waren die Gemeinden Anfangs nichts als wirthschaftliche Genossenschaften, denen erst nach und nach einzelne politische Eigenschaften beigelegt wurden. Die Greben-Ordnung vom 6. November 1739 (Sammlung Fürstl. Hess. Landes-Ordnungen Bd. IV. S. 608 ff.) läßt uns die Gemeinden Hessens genau auf diesem Standpunkte erscheinen, und noch bis zur Gemeinde-Ordnung vom 23. October 1834 (Samml. von Gesetzen für Kurhessen. Bd. VII. Jahrgang 1834. S. 181 ff.) bleiben die Gemeinden gesetzlich universitates inordinatae d. h. Genossenschaften im alten Sinne, wenn auch die Anschauungen der neueren Zeit sich unwiderstehlich Bahn brechen und bereits die Verordnung, die Umbildung der bisherigen Staatsverwaltung betr. (das sog. Organisationsedikt vom 29. Juni 1821 (Sammlung von Gesetzen für Kurhessen. Bd. III. Jahrg. 1821. S. 29), im §. 23 die Gemeinden dem Ministerium des Innern unterstellte und so dieselben schon als Glieder im Organismus der Staatsverwaltung anerkannte, bis endlich in Folge des §. 42 der Verfassungsurkunde vom 5. Jan. 1831 (Samml. von Ges. für Kurhessen. Bd. VI, Jahrg. 1831. S. 1) die genannte Gemeinde-Ordnung die politische Gemeinde durchgängig einführte, welche nun mehr je nach den Umständen die alte privatrechttiche Gemeinde ersetzte oder nur umschloß oder sonst neben dieselbe trat, so daß sich dann in oder neben den politischen Gemeinden die Reste der alten privatrechtlichen Gemeinden in Gestalt von universitates inordinatae als Wald- oder Hutegemeinschaften oder in anderer ähnlicher Weise und unter verschiedenen Bezeichnungen erhielten. Je nach der Verschiedenheit der Entwickelung ging das Vermögen der Markgenossenschaft dann auf die politische Gemeinde über oder verblieb den erhaltenen Nutzungsgemeinden.

Nahmen nun die Gemeinden nur das angedeutete Gebiet privatrechtlicher Genossenschaften ein, so konnte sich das den Gemeinden zustehende Recht der Verwaltung, Rechtspflege und Gesetzgebung auch nur auf dieß Gebiet erstrecken, d. h. auf

alles, was die Gesammtheit der Genossen in ihrer Eigenschaft als Markgenossen, die Mark selbst und deren Benutzung betraf, also Wald, Weide, Wasser, Heide, Wege und Stege, Brücken, Forst-, Bau-, Feuer- und Gewerbepolizei.

Vergl. v. Maurer-Markenverfassung S. 373 ff.

Diese Rechte erlangten aber andererseits dadurch wieder eine größere Bedeutung, daß unsere Vorfahren ihre ersten Ansiedelungen in Deutschland und die Vereinigung derselben zu Dorfschaften von vornherein nicht lediglich für ihre eigene Person, sondern auch mit Rücksicht auf ihre Nachkommen vornahmen und deshalb den dadurch begründeten Rechtsverhältnissen eine gewisse Sicherheit für die Zukunft, namentlich gegenüber einem eigenmächtigen Ausscheiden aus dem gemeinsamen Verbande und dem Verlangen auf Theilung des gemeinschaftlichen Besitzes gewähren mußten.

Die Grundlage dieser Mark- und Dorfgenossenschaften war nun die wirkliche Gemeinschaft des Grundes und Bodens, da, ganz abgesehen davon, daß regelmäßig ein Stamm oder eine Familie sich gemeinschaftlich und als Ganzes niederließ, schon der gesunde Sinn unserer Vorfahren sehr wol erkannte, daß bei den damaligen Kulturverhältnissen ohne eine solche Gemeinschaftlichkeit von Ausübung einer wesentlich auf Viehzucht gegründeten Landwirthschaft keine Rede sein konnte, wie ja auch heute noch die Verkoppelung oder Separation, so sehr sie auch gerade die Befreiung der Wirthschaft des Einzelnen von der der Uebrigen zum Zwecke hat, doch nur als Konsequenz einer Feldgemeinschaft zu konstruiren ist, auf Grund deren der Einzelne durch Mehrheitsbeschluß zur Hingabe seines bisherigen Grundbesitzes gegen anderen gezwungen werden kann.

Diese Feldgemeinschaft zeigt sich ursprünglich in der uns schon von Cäsar, de bello Gallico IV. 1 und VI. 22 und von Tacitus Germania 26 bekundeten und in dem von Pertz, Mon. Germ. Legg. II. S. 10 abgedruckten Edictum Chilperici, (welches das bezüglich des Grundeigenthums den Dorfgenossen vor den Blutsverwandten zustehende Erbrecht

zu Gunsten der letzteren abschafft) noch wiederklingenden vollständigen Gemeinsamkeit des Grundes und Bodens, einem Gesammteigenthum mit Ausschluß jedes Privateigenthums an Grundstücken, derzufolge Anfangs der einzelne Grundbesitzer nur Besitz (Gewere) an seiner Hufe hatte, woraus sich erst nach und nach das Eigenthum (Allod) im Gegensatz zu der ungetheilt gebliebenen und gemeinschaftlich benutzten, meist in Wald und Weide bestehenden Almende entwickelte.

Diese Gemeinschaft von Grund und Boden, welche noch in späteren Zeiten häufig vorkommt, wie die von Maurer, Einleitung zc. S. 6 ff., angegebenen Beispiele bezeugen, brachte es selbstverständlich mit sich, daß nur derjenige als vollberechtigter Dorfgenosse galt, welcher einen Hof im Dorfe mit dem dazu gehörigen Hofgute besaß und im Dorfe wohnte, wie dann die Theilnahme am Gemeindsnutzen auch jetzt noch häufig am Hofe oder in den Städten am Hause haftet oder dem auswärts Wohnenden verwehrt ist; sie bedingt das Näherrecht der Dorfgenossen und knüpft die Erlaubniß zur Niederlassung eines Fremden in der in erster Linie den ersten Ansiedlern und deren Rechtsnachfolgern zustehenden Mark an die Einwilligung aller (von der Vermehrung der Berechtigten gleichmäßig betroffenen) Dorfgenossen, so daß noch 811 dem Sachsen Bennit trotz seiner Begünstigung durch Karl den Großen die Niederlassung zu Wolfsanger bei Kassel versagt werden konnte.

Dronke, Cod. Diplom. Fuld. S. 133 Diplom. 261.

Aus dieser Gemeinschaft entspringt das Occupationsrecht des Märkers an der gemeinen Mark, ferner die noch immer in der Erinnerung des Volkes lebende Verpflichtung zum Feldhalten, das Weide- und Huterecht an der gesammten Mark (Almende und Allod), verbunden mit dem Zwang zum Beitrieb des Viehes zu der vom Gemeindehirten gehüteten Gemeindeheerde und dem Verbot des Einzelhütens (vergl. z. B. noch die Kurhessische Verordnung vom 18. October 1828 über das Hirtenwesen zc. (Ges.-Sammlung für Kurhessen Bd. V. Jahrg. 1825. S. 45 ff.). Aus dieser Gemeinschaft leitet sich

endlich auch das jetzt nur noch in geringen Spuren vorhandene Recht des Märkers zur Ausübung der Jagd, der Fischerei und des Vogelfangs im Bereich der Mark ab, und wenn in der Folge die verschiedenen neueren Jagdgesetze (vergl. für Kurhessen namentlich das vom 1. Juli 1848, Sammlung von Ges. für Kurhessen. Bd. XI. Jahrg. 1848. S. 47, und vom 8. Sept. 1865 rc. Das. Bd. XVII. Jahrgaang 1865 S. 571) das Jagdrecht an der mit dem Umfang der alten Mark z. B. wegen Abtrennung der Waldungen, der Rittergüter rc., welche wol gemeinschaftlich mit einer benachbarten nach §. 5 der Gemeindeordnung vom 23. October 1834 einen örtlichen Verwaltungsbezirk, nicht aber immer eine Gemarkung bilden, keineswegs immer übereinstimmenden Gemarkung der politischen Gemeinde als solcher im Gegensatz zum einzelnen Gemeindegenossen übertragen haben, so folgt daraus eben nur, daß zwar in der neueren Zeit die politische Gemeinde überall da eintritt, wo die alte Markgenossenschaft vom Schauplatz verschwindet, daß dieß aber regelmäßig nicht von selbst geschieht, sondern daß es besonderer Rechtsakte bedarf, um diesen Wechsel zu vollziehen.

Diese Gemeinschaft des Landes bedingt selbstverständlich aber auch manche Gemeinschaft des Lebens, so namentlich die Pflicht zur gegenseitigen Unterstützung und zur Erhaltung des Friedens, die Pflicht zur Mitwirkung bei der gemeinschaftlichen Berathung und Gerichtsbarkeit bezüglich aller (oben bereits bezeichneten) genossenschaftlichen Angelegenheiten, die sogenannte Gesammtbürgschaft, die religiöse Gemeinschaft und die durch religiöse Vorschriften geheiligte Verpflichtung zur Beherbergung der Reisenden.

Als sich nun nach und nach aus der bloßen Gewere ein Sondereigenthum bildete, blieb doch immer noch dasjenige gemeinsam, was der gemeinsamen Benutzung diente, namentlich Wald, Weide und dergl. Gleichzeitig bildete sich aber auch für die Markgenossenschaft der Begriff eines über der Gesammtheit der einzelnen Markgenossen stehenden, selbständigen Rechtssubjektes

(Gemeinde) aus, als deren Eigenthum sich nun das gemeinschaftlich verbliebene darstellte, so daß an demselben nunmehr die Genossen nur noch Nutzungsrechte in Form von dinglichen Rechten haben konnten, und als deren Verpflichtungen die Erfüllung der der Markgenossenschaft als solcher obliegenden Leistungen erschienen, und so gieng mit der Vorstandschaft der Mark auch das der Markgenossenschaft gemeinschaftlich verbliebene und als Eigenthum der Mark erscheinende, soweit es überhaupt von der Gemeinde zu trennen war, auf den König oder den Landesherrn über. Dieser wurde jetzt Grundherr der gesammten Mark, er erwarb die bisher der Gemeinde gehörig gewesenen Waldungen, die Jadgerechtigkeit, Fischerei, die Schäfereigerechtigkeit u. s. w., mit diesem Uebergang der Rechte der Markgenossenschaft übernahm er aber auch regelmäßig deren Pflichten und Lasten, so die Sorge für die öffentliche Sicherheit, die Polizei, die Rechtspflege, für die kirchlichen Einrichtungen, für die Beherbergung der Fremden u. a. m. Hierin finde ich, was weiter auszuführen hier nicht der Ort ist, die Entstehung der Regalien, von welchen sich äußerst nutzbare auch aus den Verpflichtungen entwickeln konnten, wie man z. B. das Gastwirthwirthschaftsregal mit allem, was dazu gehört (Wein-, Bier- und Branntweinschank, Herbergirungsrecht u. s. w.) auf die Verpflichtung zur Beherbergung der Reisenden zurückführen muß, um eine Erklärung für dessen Entstehung neben der Wirthschaftsgerechtigkeit der Städte und der Rittergutsbesitzer zu den, welche häufig die Markvorstandschaft mit Ausschluß der Staatsgewalt und damit viele Rechte, z. B. Polizei, Gerichtsbarkeit u. s. w. erwarben und bewahrten, während Dörfer sich nur in seltenen Fällen die Gastwirthschaftsgerechtigkeit als selbständiges eignes Recht erhielten.

Regelmäßig bilden nun die Dörfer ihre eigene Markgenossenschaft, und wo in einer großen Markgenossenschaft ihrer mehrere angelegt werden, da dringt die Entwickelung derselben immer darauf hin, daß die alte Markgenossenschaft in mehrere kleinere aufgelöst wird.

Auch in den Städten, welche aus Markgenossenschaften entstanden sind, findet sich dasselbe Verhältniß, wenn auch durch das verliehene Stadtrecht mehr oder minder beeinflußt. War doch in vielen Städten nur derjenige wirklicher vollberechtigter Bürger, welcher ein Haus besaß, und wurden oder werden noch bis zum heutigen Tage hin und wieder die Lasten der Stadt ganz oder doch theilweise von den Besitzern der gemeindsnutzen berechtigten Häuser, zum Theil selbst nach vollständigem Wegfall des Gemeindsnutzens und Verwandlung desselben in reines Kämmerei-Vermögen, getragen, wie z. B. in Schmalkalden die Besitzer gemeindsnutzenberechtigter Häuser bis zur Stunde ausschließlich die städtische Grundsteuer zahlen, während der Gemeindsnutzen einschließlich des damit verbunden gewesenen Braurechts allen Inhalt verloren hat. Es werden daher im weiteren Verlauf dieser Untersuchung auch öfter Beispiele aus Städten genommen werden, doch beschränken sich diese Beispiele mehr auf die kleineren Städte, für deren Bewohner Landwirthschaft und Viehzucht eine hervorragende Bedeutung haben und die Beschaffung des nothwendigen Zuchtviehs eine Lebensfrage des überwiegenden Theils der Bevölkerung bildet, während die Bewohner größerer Städte der Hauptsache nach ihre Arbeit den Gewerben, dem Handel und den Wissenschaften widmen, so daß in diesen größeren Städten die Beschaffung des nothwendigen Zuchtviehs nur das im Verhältniß zum Gemeinwesen immer mehr zurücktretende Interesse einzelner Genossen berührt, weshalb dann in heranwachsenden Städten mit der Vergrößerung derselben und der dadurch bedingten Veränderung der Berufsthätigkeit ihrer Einwohner nach und nach die Sorge für das Zuchtvieh Sache der einzelnen Viehhalter wird, z. B. in Kassel, wo noch 1468—1553 die Stadt Ochsen und Eber anschaffte, auf ihre Kosten unterhalten ließ und zu ihrem Nutzen verkaufte.

Vergl. Stölzel Casseler Stadtrechnungen von 1468—1553 in der Zeitschrift des Vereins für hessische Geschichte und Landeskunde. Neue Folge. III. Suppl. S. 10, 15, 16,

32, 54, 55, 62, 66, 69, 71, 85, 87—89, 92, 95, 107, 124, 146, 147, 164, 175, 196, 231.

Aus den Markgenossenschaften wurden aber auch einzelne Höfe ausgeschieden, welche dann als Freihöfe für sich und die auf ihrem Grund und Boden erfolgte Ansiedelung der Hintersassen eine neue eigene Mark und Markgenossenschaft unter der Vorstandschaft des jedesmaligen Hofbesitzers bildeten, der öffentlichen Gewalt aber nach wie vor außer bezüglich der Einwirkung derselben auf die Immunitätsangelegenheiten unterworfen blieben.

Ob ursprünglich eine Verschiedenheit der Hufen bestanden oder wann sich dieselbe entwickelt habe, diese Frage kann hier füglich unbeantwortet bleiben; wo sich aber eine solche entwickelte, da war es natürlich, daß sich dann mit Rücksicht auf den größeren Einfluß des größeren Grundbesitzes die Vorstandschaft der Mark nach und nach an die größte Hufe, falls diese nicht aus der Markgenossenschaft ausgeschieden wurde, knüpfte, in Folge dessen dann die übrigen Hufen in ein Abhängigkeitsverhältniß zu der mit der Markvorstandschaft versehenen Hufe geriethen, welches sich bis zur Unterthänigkeit ausbilden konnte.

Alles dieß darf man im allgemeinen nach dem Ergebniß der bisherigen Forschungen als feststehend betrachten, und Ausnahmen, welche hin und wieder vorkommen, entkräften diese Sätze keineswegs, sondern erklären sich leicht aus der bekanntlich oft sehr verschiedenen Entwickelung der einzelnen Marken. Aus den Markgenossenschaften entwickelten sich die Dörfer, welche regelmäßig ihre eigene Markgenossenschaft bilden und wo in einer großen Markgenossenschaft ihrer mehrere angelegt werden, immer darauf hindrängen, daß die alte Markgenossenschaft in mehrere kleinere aufgelöst werde.

Zu den im Vorstehenden erörterten, der Markgenossenschaft obliegenden Lasten gehört nun auch die Verpflichtung zur Stellung des Zuchtviehs, wie sich im Folgenden zeigen wird.

§. 2.

Feststellung des Begriffs der in Rede stehenden Verpflichtung.

Die hier erörterte Verpflichtung besteht nun darin, daß der Verpflichtete gegen eine Gegenleistung die zur Nachzucht geeigneten männlichen Thiere von den durch die Markgenossen gezüchteten Viehgattungen anzuschaffen, zu unterhalten und den Bewohnern der berechtigten Gemarkung zur Benutzung zu überlassen hat.

Um dieß aus den Quellen zu belegen, wird zunächst die Gattung der zu haltenden Thiere festzustellen sein.

Zu Kassel wurden 1468—1553 Ochse und Eber gehalten.

Vergl. Stölzel, Stadtrechnungen a. a. O.

Zu Adligenswil im Kanton Luzern müssen nach dem Weisthum aus dem 14. oder 15. Jahrhundert ein Eber, ein Farre und ein Schäle (Hengst) gehalten werden,

Grimm, Weissthümer I. S. 163,

zu Emmen in demselben Kanton nach einem Weisthum von *etwa* 1303, dieselben Thiere,

daselbst S. 167,

zu Andelfingen im Kanton Zürich, Ochs, Bock und Eber,

daselbst S. 99 ff.,

zu Maur im selben Kanton nach der Oeffnung von 1543, Ochs und Eber,

daselbst S. 43,

zu Neftenbach im gleichen Kanton, Ochs, Widder und Eber,

daselbst S. 74 ff.,

zu Fischingen nach einem Weisthum von 1352, Ochs und Eber,

daselbst S. 319 ff.,

zu Bürgel, zwischen Hanau und Offenbach, nach einem Weisthum von 1419, ein Ochs, ein Eber und ein Widder,

daselbst S. 519,

zu Nidda ein Hengst, ein Ochs, ein Eber und ein Widder,

daselbst S. 529,

zu Sulzbach zwischen Höchst und Königstein nach einem Weisthum von 1408, Hengst, Ochs, Eber, Gansert und Entrich,

daselbst S. 572 ff.,

zu Becheln bei Braubach am Rhein nach einem Weisthum von 1482, erneuert 1541, Stier, Widder, Eber, Gänserich und Hengst,

daselbst S. 595 ff.,

zu Großkems im Oberelsaß nach einem Weisthum von 1384, Eber und Ochs,

daselbst S. 655,

zu Grußenheim im Unterelsaß nach einem Weisthum von 1320, Eber, Ochs und Widder,

daselbst S. 674,

zu Oberstotzheim im Unterelsaß, Farren, Eber und Widder,

daselbst S. 687,

zu Bassenheim im Unterelsaß, Roß, Rind, Eber und Widder,

daselbst S. 689,

zu Zuzendorf im Unterelsaß, zwei Ochsen und ein Hetsche,

daselbst S. 757 ff.,

zu Betmeringen im Schwarzwald Stier, Eber, Bock und Widder,

daselbst S. 821

zu Appenweiler Rind, Eber und Hengst nach dem Dinghofsrecht von 1486,

daselbst S. 843,

zu Genzingen zwischen Kreuznach und Bingen Stier, Eber und Widder,

daselbst Bd. II. S. 156,

Mone, Zeitschrift. Bd. I. S. 19,

zu Lohmar in Westfalen Hengst, Ochse, Eber, Widder, Gänserich, Enterich und ein Krähme,

Grimm, a. a. O. Bd. III. S. 23,

zu Thiengen im Breisgau ein Eber und ein Wucherrind,

Mone, Zeitschrift. Bd. IV. S. 478,
zu Reinheim im Kletgau Wucherstier und Wucherschwein,
daselbst Bd. V. S. 379,
zu Hochkirchen am Niederrhein nach einer Urkunde von 1194, ein Rind,
Lacomblet, Urkundenbuch Bd. IV. S. 640,
zu Kastel bei Mainz nach einem Spruche des Schultheißen und der Schöffen daselbst von 1337, Ochs, Eber und Widder,
Landau, Salgut. S. 35,
zu Münsterliederbach nach einem Weisthum von 1366, ein Stier, ein Eber und ein Widder,
daselbst S. 36,
zu Burghasungen bei Kassel ein Ochse,
daselbst,
zu Böddiger in Niederhessen ein Ochse und ein Eber (Bär),
daselbst und Heuser, Annalen Bd. VII. S. 321 ff.,
zu Beuern bei Felsberg in Niederhessen Ochs und Eber,
Heuser, Annalen. Bd. VII. S. 333,
zu Verna in Niederhessen nach dem Homberger Salbuch von 1558 ein Schele, ein Ochse und ein Bär,
Büff in der Zeitschrift des Ver. für hess. Gesch. und Landeskunde. Bd. VIII. S. 278,
zu Lendorf in Niederhessen ein Ochse und ein Bär,
daselbst,
zu Einbeck nach einem Vergleich von 1529, Ochs und Eber,
Pufendorf Observ. III. S. 569,
zu Ebersheim ein Ochse und ein Eber,
Zöpfl, Alterthümer. Bd. I. S. 169,
zu Trusen in der Herrschaft Schmalkalden, ein Ochs,
vergl. Beilage I.,
zu Barchfeld in derselben Herrschaft Eber und Stier,
vergl. Beilage II und Heuser a. a. O. Bd. XIII. S. 902,

zu Lispenhausen bei Rotenburg in Niederhessen Stier und Eber,
vergl. Beil. III,
zu Schwarzenhasel in derselben Gegend ein Ochse,
vergl. Beil. IV,
in jeder Nachbarschaft im Lande Monjoye ein Stier und ein Widder,
Grimm, Rechtsalterthümer. S. 592,
zu Niedersteinheim ein Farrn, ein Wedel und ein Eber,
daselbst,
und endlich wird nach dem daselbst angegebenen Zitate aus
Spilcker, Beiträge zur älteren deutschen Geschichte,
einmal die Verpflichtung zur Stellung von einem Bullen, Bären, Hahn und Kater erwähnt.

Diese Beispiele ließen sich noch durch zahlreiche andere ergänzen, von denen einzelne noch aus andern Gründen in der Folge in den Kreis dieser Erörterungen gezogen werden müssen, doch mag es hier mit den gegebenen Beispielen genügen, da keins der weiteren andere Thiergattungen als die erwähnten kennt.

Nach diesen Beispielen müssen also Hengst, Ochs, Widder, Bock, Eber, Hahn, Enterich, Gänserich und Kater gehalten werden; die letzteren vier werden nur selten erwähnt, am häufigsten Ochs und Eber; und wenn man nach diesen Beispielen auch annehman darf, daß sich die Verpflichtung zur Stellung des Zuchtviehs je nach den lokalen Bedürfnissen und Gewohnheiten bezüglich der Thierzüchtung richte, so kann man doch andererseits, da die Pferdezucht meist der besonderen Fürsorge des Staats überwiesen oder vom kleinen Landwirth als nicht lohnend aufgegeben worden ist, da die Schäferei sich meist nur im Besitz weniger großer Güter erhalten hat, wo sie nicht regal geworden ist, und da Hühner, Enten und Gänse auf dem jedesmaligen Hofe Hahn, Entrich uud Ganſert finden, Katzen aber wol nirgends mehr als Gegenstand der absichtlichen Züchtung vorkommen, auch annehmen, daß jetzt nur noch Ochs und Eber und allenfalls Bock und Widder als Gegenstand der in Rede stehenden Verpflichtung vorkommen werden. Es wird

sich hiernach die vorliegende Untersuchung vorzugsweise auf die Stellung von Ochs und Eber beschränken; wo sich aber die fragliche Verpflichtung auch noch für eine andere Thiergattung erhalten haben mag, werden dieselben Grundsätze maßgebend sein.

Die Zuchtthiere muß der Verpflichtete nun anschaffen und unterhalten. Die Quellen bezeichnen dieß mit den Worten „halten", „han", „zügen und halten",

vergl. z. B. Grimm, Rechtsalt., a. a. O.,

„geben und halten",

vergl. das Weisthum von Bürgel,

„haben und ziehen",

vergl. Weisthum von Thiengen,

„haben und halten" oder „tenere und habere",

vergl. Weisthum von Münsterliederbach,

„gan",

vergl. Weisthum von Bassenheim;

der Kelmeier zu Reinheim soll nach dem Weisthum von Reinheim Wucherstier und Wucherrind „intun und versorgen".

Der Verpflichtete hat ferner dafür zu sorgen, daß die Zuchtthiere zur Erfüllung ihres Zweckes geeignet sind. Die Thiere müssen „notzbar" sein,

Weisthum von Bürgel,

„verfangklich,

Weisthum von Thiengen,

die Nachbarn müssen „zufrieden" sein,

Grimm, Rechtsalt., a. a. O.,

dürfen daran „keinen Gebrechen" haben,

Weisthum von Nidda.

Endlich hat aber auch der Verpflichtete das Zuchtvieh den Berechtigten in der Weise zur Benutzung zu überlassen, daß er es entweder zur weiblichen Heerde zutreibt, daß er es frei in der Gemarkung umhergehen läßt, um sich die weiblichen Thiere aufzusuchen, oder daß er es beim Zutrieb weiblicher Thiere denselben zugesellt. „Welch nachbar des (Zuchtviehs)

darf zu seinem fihe", der soll in der Benutzung ungehindert sein,

Weisthum von Nidda,

„wer eß sache, daz der osche mit eynes mannes kuwe heyme gienge", so muß es der Fronhofsbesitzer zu Bürgel zufrieden sein,

Weisthum von Bürgel,

es „soll der" (Farre, Eber, Widder) „jedweder selbdrikt von den gemeinen hürten ußgehen",

Weisthum von Oberstotzheim,

nach dem Weisthum von Thiengen soll Wucherstier und Wucherschwein „an die Hut gan."

Der Kelmeier zu Reinheim muß den Wucherstier halten „vntz zu sant Johanstag im sumer vnter der hert — — — — vnd wan sant Johanstag komt, so sal er den stier nemen vnd mit den ryndern tryben in das holtz. Item vnd wan er zu acker gat, so mag er den stier by ym laßen gan biß er entwit. Vnd wan er das thut, so sal er vff den pflug stan vnd dry stund klopfen vff die rindertaschen; kommt der stier, so sal er yn mit den rindern in das holz tryben, komt er nit, so mag er yn laßen gan",

Weisthum von Reinheim.

Der Stier zu Hochkirchen wird gehalten „pro vaccis ..... saliendis seu impregnandis",

vergl. die oben genannte Urkunde von 1194,

desgleichen Ochs, Eber und Widder zu Münsterliederbach „pro fructificatione pecorum",

Weisthum von Münsterliederbach.

Und andere Beispiele mehr.

Das Zuchtvieh wird ferner nach unseren Quellen stets für die Gemarkung einer Gemeinde gestellt und gehalten. Berechtigte Subjekte sind jedoch ursprünglich nicht die Insassen der Gemarkung kraft ihrer Eigenschaft als Bewohner der betreffenden Gemarkung und unabhängig vom Besitze von Grundeigenthum, sondern nur, wenn sie Mitglieder der Realgemeinde sind, nur den „Genossen" wird zu Adligenswil und

Emmen und nur den „Nachbarn" zu Conz, Niedersteinheim und Nidda das Zuchtvieh gehalten. Die „Genossen" sind aber diejenigen, welche das gemeinsame Vermögen der Gemeinde mitgenießen oder als Theilhaber am Gemeindenutzen Glieder der Realgemeinde sind, wie die „Nachbarn" dieselbe Eigenschaft auf Grund des mit dem Besitze eines Bauernhofs verbundenen Nachbarrechts haben.

Häufig wird das Zuchtvieh von der Gemeinde selbst gehalten, wie Estor in seiner bürgerlichen Rechtsgelehrsamkeit S. 483 sagt:

„Die haltung des gemeinen reitochsens, auch ebers, wird zu den Dorflasten mitgerechnet",

und finden wir noch besondere Beispiele für eine solche Stellung und Unterhaltung durch die Gemeinde; u A.:

in der Stadt Ziegenhain in Oberhessen,

vergl. Pfeiffer, prakt. Ausff. Bd. VII. S. 296,

in Kassel,

vergl. Stölzel, a. a. O.,

zu Trusen (bis 1764),

vergl. Anl. I,

in der Stadt Schmalkalden, ferner in Fischbeck, Höfingen, Haddesen, Bensen und Pötzen in der Grafschaft Schaumburg und an zahlreichen anderen Orten. Die Gemeinde beschafft das Zuchtvieh selbst und gibt es nur gegen gewisse Rechte und Nutzungen in Unterhalt und Verpflegung, z. B. in Fischbeck den Ochsen gegen das Recht, zwei Kühe frei zur Weide gehen zu lassen, während in den andern vier genannten schaumburger Dörfern unter denselben Bedingungen die Hofbesitzer der Reihe nach den Ochsen unterhalten müssen; oder es muß das Zuchtvieh von einzelnen Gemeindsgenossen gegen Bezug gewisser Rechte und Nutzungen neben der Unterhaltung und Verpflegung auch angeschafft werden,

z. B. in Ostheim in Niederhessen, wo die Pferde- und Ochsenbauern der Reihe nach den Eber anschaffen und ein Jahr lang erhalten müssen, dafür aber die Freiheit vom Hirtenlohn

genießen und jährlich 4 Metzen Korn von der Gemeinde erhalten.

Heuser, Annalen XII. S. 144 ff.

Häufig besteht auch die Entschädigung für die Unterhaltung des Zuchtviehs in der Benutzung gewisser Grundstücke, z. B. der in so vielen Feldmarken vorkommenden Hengstäcker, Ochsenäcker, Ochsenwiesen, Bullenwiesen und dgl.

Als Beispiele hierfür mögen angegeben werden die Notiz in der Vorbeschreibung zum Steuerkataster für Oberkaufungen über ein Gemeindegrundstück:

„$11^3/_4$ Acker. Die Struthwiesen. Hiervon werden die Kosten, welche zur Unterhaltung des Heerdochsens erforderlich sind, bestritten",

desgleichen von Mardorf in Niederhessen:

„10 Acker Wiesen, davon ein Acker zur Unterhaltung des Gemeindeochsen gewidmet",

von Großenritte bei Kassel:

„Gemeinswiesen, so zum Theil verpachtet, zum Theil von denjenigen benutzt werden, so den Heerdochsen halten",

vergl. über diese alle

Heuser, Annalen VII. S. 325—26,

in dem 1770 errichteten Kataster von Springstille bei Schmalkalden:

„die Ochsenwiese, benutzt derjenige, so den Heerdochsen hält",

ferner erhielt zu Ziegenhain der, welcher das Faselvieh unterhielt, zwei städtische Grundstücke zur Benutzung,

Pfeiffer, prakt. Ausführungen VII. S. 296 ff.,

während es eine Ochsenwiese zu Frielendorf,

Heuser, Annalen IV. S. 485,

ein Ochsenäckerche neben der Ochsenwiese zu Aue bei Schmalkalden,

vergl. Kataster dieser Gemeinde,

gibt, anderer Beispiele nicht zu gedenken.

In anderen Gemarkungen beruht diese fragliche Last auf einem einzigen oder mehreren bestimmten Gütern, so namentlich

auf dem Fron-, Stedel-, Ding-, Zehnt-, oder Kelhof zu Emmen, Adligenswil, Bürgel, Nidda, Oberstotzheim, Großkems, Grußenheim, Bassenheim, Genzingen, Lohmar, Thiengen, Reinheim, Hochkirchen, Kastell, Münsterliederbach, Burghasungen, Böddiger, Berna, Fischingen, Sulzbach, Betmeringen, Nestenbach; auf dem Pfarrgut in Emmen, Grußenheim, Andelfingen, in Dübendorf,

vergl. Maurer, Dorfverfassung I. S. 260,

und letzteres überhaupt in Siebenbürgen,

vergl. Schuller a. a. O.;

ja es hat der Zuchtstier davon vielfach den Namen „Pfarrochse" erhalten,

vergl. Gründler, Polemik, S. 310,

auf dem Wirthshause ruht die Last in Trusen,

vergl. Anl. I.,

endlich aber auf einem oder mehreren Gütern, bei denen irgend eine der gedachten Eigenschaften nicht hervortritt, so in Frielendorf auf einem bestimmten Bauerngut,

vergl. Heuser, Annalen IV. S. 485 ff.,

für die Gemeinde Beuern in Niederhessen auf der Domäne Sundhof,

daselbst VII. S. 333 ff.,

zu Clotten auf einem bestimmten Brühl,

v. Maurer, Dorfverfassung I. S. 260,

zu Altenstädt in Niederhessen inhaltlich eines bei dem früheren Justizamte zu Naumburg und Obergericht zu Kassel geführten Rechtsstreits auf fünf Hufen, welche früher eine einzige Hufe gebildet hatten (die sogenannten Fünfhufen oder Bärenhufen), deren Besitzer nach einem der Größe des Gutes entsprechenden Wechsel von zwei, vier und sieben Jahren den Bären anzuschaffen und zu unterhalten haben, denselben eigenthümlich behalten und als Gegenleistung von einer als „Sandhafer" bezeichneten Abgabe befreit und im Besitz einer bestimmten Wiese sind.

Hin und wieder haftet diese Verpflichtung auf einzelnen Gütern, bei denen man die ihnen früher inne gewohnte Eigen-

schaft als Fronhof nicht mehr klar erkennen kann, namentlich, wenn der alte Fronhof zertheilt ist, bei denen man aber durch ein Zurückgehen auf die frühere Zeit alsbald diese Eigenschaft wahrnimmt. Einige Beispiele mögen als Belege dienen. So z. B. stand der in Barchfeld befindliche Hof nebst der dem Hofe anklebenden Erbvogtei über Barchfeld ursprünglich den Grafen von Henneberg ausschließlich zu, welche drei Viertel davon 1387 an Hessen verkauften, ein Viertel aber behielten; die hessischen drei Viertel vom Gute hatten die von Herda Anfangs pfandweise, dann seit der Belehnung von 1489 als Erbvögte in Besitz, 1527 wurden die von Boyneburg damit beliehen, von welchen der Antheil 1731 auf einen Zweig der Linie Hessen-Philippsthal, welches sich davon Hessen-Philippsthal-Barchfeld nannte, übergieng; das Hennebergische Viertel besaßen die Freiherrn von Stein, welche bis 1430 alleinige Erbvögte der ganzen Vogtei gewesen waren, als Erbvögte lehensweise und erwarben im Anfang des 16. Jahrhunderts noch ein weiteres Viertel dazu; beide übten die Gerichtsbarkeit über Barchfeld Anfangs gemeinschaftlich aus, später jeder Theil für sich, wie sich aus

Häfner, Herrschaft Schmalkalden. Bd. II. S. 24 ff.; S. 144 ff. Bd. III. S. 242 ff. Bd. IV. S. 81 ff.,

Kopp, Handbuch Bd. I. S. 417,

sowie aus mündlichen Mittheilungen ergibt, welche ich der Güte der Frau Oberst Freifrau von Stein, geb. Freiin von Schlotheim zu Barchfeld verdanke. Nach Anlage II mußte nun seit unvordenklichen Zeiten der hessische Amtmann oder Erbvogt den Stier halten und die von Stein den Eber; beide Verpflichtungen gaben, nebenbei bemerkt, später zu Rechtsstreiten Anlaß, der wegen des Stiers ist abgedruckt bei

Heuser, Annalen XIII. S. 402 ff.,

den wegen des Ebers gelang es mir als Vertreter der Freiherrn von Stein durch einen Vergleich zu beendigen, in Folge dessen die betreffende Verpflichtung abgelöst wurde. Es hängen also

die betreffenden Verpflichtungen in diesem Falle mit einem früheren Fronhofe zusammen.

In Lispenhausen haftet die Verpflichtung auf dem sogenannten Klostergute, welches früher Eigenthum des Klosters Blankenheim bei Hersfeld war, später mit dem Zehnten und der Gerichtsbarkeit über die Hintersassen der Familie Stückradt in Erbleihe gegeben wurde, zuletzt aber durch Ablösung freies Eigenthum geworden ist,

vergl. Kopp, Handbuch Bd. VI. S. 365, und Anl. III, welche ich der Güte des Herrn Gutsbesitzers Möller zu Lispenhausen verdanke.

Auch hier darf man also auf das frühere Vorhandensein eines Fronhofs schließen. Noch deutlicher ist es in Liebenau, wo nach der Bekanntmachung der Königlichen Generalkommission zu Kassel vom 4. Febr. 1870 im öffentlichen Anzeiger zum Amtsblatt der Königlichen Regierung zu Kassel Nr. 38 von 1870 S. 269 ff. Satz 46 dem von Pappenheim'schen Rittergut zu Liebenau die „Verpflichtung zur Verhaltung von zwei Zuchtebern für das Schweinevieh der Gemeindeglieder zu Liebenau" oblag, da Liebenau durch die Rechtsvorgänger der von Pappenheim auf deren eignen Grund nnd Boden durch Ansiedlung von Hörigen angelegt wurde,

Stölzel, die ältere Geschichte der Stadt Liebenau in der Zeitschrift des Vereins für Hess. Gesch. und Landeskunde. Neue Folge. Bd. II. S. 1 ff.

Als Gegenleistung endlich erhält derjenige, welcher das Zuchtvieh zu halten hat, wenn er es an Stelle der Gemeinde hält, wie oben angegeben, Nutzungen von Grundeigenthum, Weiderechte, Freiheit von Abgaben u. dgl. Hält er das Zuchtvieh kraft eigenen Rechts, namentlich als Besitzer des Fronhofs, so erhält er meist ein Sprunggeld für jeden einzelnen Sprung oder namentlich als Gesammtentschädigung den kleinen Zehnten, wie dieß die Quellen ausdrücklich sagen.

So heißt es in dem Einbecker Vertrag von 1529:

„Auer belanget den ochten penningh und flaisch tegeden dewile

und so langhe dat benannte Capittel de offen und beren holden werden, welkes one tho ider tidt ane alle vorjaringhe und praescription schall vorbeholden bliuen, den schall ock de uchten penningk und flaisch tegede nach oldem gebruke one widerunghe entrichtet werden."

Nach dem Weisthum von Adligenswil soll der zur Stellung des Zuchtviehs Verpflichtete:

„da von nämen von ie drien firtel habern ein imi, vnd von einem mutte blosses kornes ein imi."

Das Weißthum von Grußenheim sagt von den zur Stellung des Zuchtviehs Verpflichteten:

„Darumb haben sie den cleinen zehenden gemeyn."

In dem Weisthum von Becheln weisen die Schöffen:

„wan er" (der Junker) „den" (stier) „also bestelt oder hielt, so soll man von iglicher Kuhe, die zum stier gehet, 11 heller geben — — — und were es sache, daß der gen. junker Johann dem vorg. dorf zwen wider hielt, so soll im alsdann das zehendlam vallen."

Nach dem Salbuch von Hofgeismar in Niederhessen von 1544 fällt der Herrschaft von allen Schweinen in der Stadt Hofgeismar das zehnte Ferkel dafür, daß abwechselnd jedes Jahr einer der Beständer des herrschaftlichen Meierhofs den Zuchteber hält. Heuser, Annalen. Bd. VII. S. 332.

Oft aber mag sich dieser Zehnte der Art entwickelt haben, daß man ihn von einem Sprunggelde oder einer sonstigen Leistung nicht mehr unterscheiden kann.

§. 3.

Die Verpflichtung beruht auf der Markgenossenschaft.

Diese, so festgestellte Verpflichtung beruht nun auf der Markgenossenschaft.

Wie auch heut zu Tage die Beschaffung guter Zuchtthiere für den Einzelnen, der nicht in der Lage ist, einen größeren Viehstand zu halten, fast als ein Ding der Unmöglichkeit erscheint und es also im wesentlichen Interesse der Viehzucht

liegt, wenn diese Thiere auf gemeinschaftliche Kosten möglichst vieler Betheiligten gehalten werden können, so mußte dieß in gleicher Weise unseren, gerade durch einen natürlichen Scharfblick ausgezeichneten Vorfahren einleuchten, deren Landwirthschaft vorzugsweise auf die Viehzucht gegründet war, während sie gleichzeitig auch durch die in Folge der Feldgemeinschaft entwickelte Hute- und Heerdegemeinschaft geradezu gezwungen wurden, für die Heerdengemeinschaft auch das Zuchtvieh gemeinschaftlich zu beschaffen. Läßt sich nun die fragliche Verpflichtung, deren Zusammenhang mit der Heerdengemeinschaft der Mark nach den im §. 2 angegebenen Quellenzeugnissen außer Zweifel steht, auf eine Zeit zurückführen, wo wir nach §. 1 Feld-, Heerde- und Hutegemeinschaft nur als Folge der Markgenossenschaften kennen, so würde daraus allein schon, namentlich aber in den Fällen, wo die Gemeinde selbst seit Jahrhunderten für Beschaffung des Zuchtviehs sorgt, folgen, daß die in Rede stehende Verpflichtung auf der Markgenossenschaft beruhen muß und nur auf dieser beruhen kann.

Für ein solches Zurückführen auf die frühesten Zeiten sprechen aber unsere Quellen ganz bestimmt. Abgesehen von dem schon mitgetheilten Alter der in §. 2 angegebenen Quellenzeugnisse beziehen sich auch diese Urkunden noch zum Theil wieder auf eine bei ihrer Abschaffung längst vergangene Zeit. So besteht die betreffende Verpflichtung zu Kastell nach dem Schiedsspruch von 1337 „juxta antiquam consuetudinem“, die Oeffnung von Andelfingen bezieht sich auf eine Gewohnheit „von alter her“, die von Betmeringen auf „alte gewonheiten“, nach dem Einbecker Vertrage von 1529 wird das Zuchtvieh „nach oldem gebruke“ gehalten, und wo noch in neuerer Zeit die fragliche Verpflichtung Gegenstand gerichtlicher Erörterung geworden ist,

z. B. Heuser, Annalen. Bd. IV. S. 457 ff., S. 485 ff., S. 487 ff., VII. S. 321 ff., XII. S. 144 ff., XIII. S. 402 ff., Pfeiffer, prakt. Ausführ. Bd. VII. S. 200 u. a. m.,

ist sich stets auf unvordenkliche Verjährung berufen worden,

woraus man gleichfalls schließen darf, daß wir es mit einem aus alter Zeit stammenden Rechtsverhältnisse zu thun haben, aus einer Zeit, in denen, wie im §. 1 gezeigt wurde, alle Gemeinden nichts als privatrechtliche Genossenschaften zum Betriebe der Landwirthschaft oder mit anderen Worten Markgenossenschaften waren.

Weiter legen aber unsere Quellen selbst den Zusammenhang der fraglichen Verpflichtung mit der Markgenossenschaft klar vor Augen, indem nach sämmtlichen angegebenen Beispielen die fragliche Verpflichtung die Gemarkung eines Dorfes umfaßt, der Begriff des Dorfs der alten Zeit aber, wie schon mehr erwähnt, sich regelmäßig mit dem der Markgenossenschaft deckt, und ferner nach den angegebenen Quellenzeugnissen nur der Markgenosse, das Mitglied der Realgemeinde Berechtigter ist.

Vielleicht darf ich mich ferner für meine ausgesprochene Ansicht darauf berufen, daß sich die fragliche Verpflichtung sehr häufig in einer merkwürdigen Verbindung mit Institutionen findet, deren Zusammenhang mit der Markgenossenschaft feststeht, namentlich mit dem Pfarrgut, dem Gemeinde-Wirthshaus oder dem Fronhof, wenn diese Verbindung vielleicht auch nicht gerade einen vollen Beweis für meine Behauptung über den Zusammenhang der in Rede stehenden Verpflichtung mit der Markgenossenschaft erbringen dürfte.

Der Pfarrer muß z. B. in Siebenbürgen den Zuchtstier so lange verpflegen, als der Stier im Felde kein Futter mehr finden kann.

Vergl. Schuller a. a. O.

Ferner hält nach den oben angeführten Weisthümern in Emmen der Pfarrer den Hengst, in Grußenheim der Kirchner den Widder, zu Andelfingen der „kylchen zehnt“ den Eber, in Dübendorf der Pfarrer den Hengst,

vergl. Maurer, Dorfverfassung I. S. 260

und nach

Gründler, Polemik. S. 310

führt der Zuchtstier deshalb sogar vielfach den Namen „Pfarrochse“.

In andern Ortschaften, namentlich sehr häufig im östlichen Deutschland, hat der Gastwirth das Zuchtvieh zu beschaffen und zu unterhalten; so ruht z. B., um nur zwei Beispiele anzuführen, in Brotterode in der Herrschaft Schmalkalden die Verpflichtung zur Stellung des einen Heerdochsen dergestalt auf dem von der Gemeinde früher selbst bewirthschafteten, später vererbleihten und noch später verkauften sogenannten Gemeindewirthshause, daß der Inhaber dieses Gasthauses den Ochsen anschaffen und unterhalten muß, und ebenso haftete in Trusen diese Verpflichtung zur Haltung des Reitochsen auf dem Wirthshause.

Vergl. Anlage I.

Dieß Wirthshaus war ausweislich der Vorbeschreibung zum Steuerkataster von Trusen bis 1764 Eigenthum der Gemeinde Trusen, wurde jedoch von derselben verkauft, um aus dem Erlös die im siebenjährigen Kriege entstandenen Kriegsschulden zu decken, und es wurde sich hierbei vorbehalten, daß nunmehr an Stelle der Gemeinde der Käufer als Besitzer des Wirthshauses den Reitochsen anschaffen und unterhalten solle. Diese Verpflichtung wurde dann, als die dem gedachten Wirthshause anklebende Ausschließlichkeit in Gemäßheit des Gesetzes vom 17. März 1868 (Preuß. Ges.-Samml. 1868 S. 249) abgelöst wurde, mit abgelöst.

Dem Eigenthümer oder Meier des Fronhofs lag aber die Verpflichtung zur Haltung des Zuchtviehs, soweit sie nicht den Pfarrer traf, nach den oben angeführten Urkunden ob in Emmen, Adligenswil, Bürgel, Nidda, Oberstotzheim, Großkems, Grußenheim, Brassenheim, Genzingen, Lohmar, Thiengen, Reinheim, Hochkirchen, Kastell, Münsterliederbach, Burghasungen, Böddiger, Verna, Fischingen, Sulzbach, Betmeringen, Neftenbach, zu Barchfeld u. A.

Was nun diese drei Institute im einzelnen anlangt, so sahen wir im §. 1, daß die Markgenossenschaft auch eine religiöse Gemeinschaft war, deren Mittelpunkt natürlich die Kirche oder, da der Märker auf einem zur Mark gehörigen Hofe sitzen

mußte, der dem Vertreter der Kirche, dem Pfarrer, zur Wohnung dienende und als Pfründe eingeräumte Pfarrhof war, wie ja auch die dingliche Eigenschaft des Rechts auf Nutzung der Pfründe nur darauf zurückzuführen ist, daß die Pfründe ursprünglich nur in den Nutzungen eines mansus bestand.

Wir haben ferner im §. 1 gesehen, daß die Sorge für die Beherbergung der Fremden Sache der Markgenossenschaft war, daß hieraus die Wirthschaftsgerechtigkeit der Gemeinden und der Inhaber der Markvorstandschaft oder die Regalität der Gastwirthschaft und der damit zusammenhängenden Gewerbe entstanden ist.

Der Fronhof endlich steht unzweifelhaft mit den übrigen in Betracht kommenden Höfen in Markgemeinschaft, sei es, daß das Dorf auf dem zum Herrenhof gehörigen Grundbesitze überhaupt entstanden ist, oder daß die Vorstandschaft einer bereits vorhandenen Mark an diesen Hof geknüpft wurde. Ergibt sich nun hieraus für beide Fälle eine Beziehung der auf dem Fronhofe haftenden Verpflichtung, das Zuchtvieh zu stellen, zur Markgenossenschaft, so tritt dieß um so mehr hervor, wenn man bedenkt, daß in allen Marken, in welchen sich eine erbliche Vorstandschaft, geknüpft an einen Hof in dieser Mark, entwickelte, alle Rechte und Pflichten der durch den Markvorstand vertretenen Mark auf den Besitzer des betreffenden Hofes übergiengen, so namentlich die Gerichtsbarkeit in Markangelegenheiten, die Sorge für das kirchliche Wesen (Patronat), der Anspruch auf die im Interesse der Mark zu leistenden Dienste, die Verpflichtung zur Unterbringung der Fremden, bezw. die daraus entwickelte Gastwirthschaftsgerechtigkeit, ebenso aber auch die Verpflichtung zur Stellung der den Markgenossen nöthigen Zuchtthiere und die Berechtigung auf die dafür zu vergütende Gegenleistung.

Daß aber diese Verpflichtung ursprünglich eine solche der Mark oder deren Vorstandes war, erhellt insbesondere auch endlich aus den außerordentlichen Freiheiten, welche dem Zuchtvieh in der gesammten Mark zustehen und über welche uns die

Quellen reichliche Mittheilungen zufließen lassen. So heißt es im Weisthum von Adligenswil:

„Hat der eber oder der pfarr oder der schel deheim gnoßen zu schaden, so sol er in vstriben mit einer haslin sumerlatten, die des jars gewachsen ist; hat er da latten nit, so sol er in vstriben mit dem rechten ermel vs sim gut in daz nechst,"

und im Weisthum von Emmen wird dasselbe Verhältniß mit den Worten angedeutet:

„da hatt es sin ordnung wie wytt die gan vnd wie man sie vs dem schaden triben sol."

Es sagt weiter das Bassenheimer Weisthum:

„und swar die gantze schaden in diesem banne, die sol man ustriben unverfert;

das Thiemger Weisthum:

„vnd sol vnd mag jetweders selbander anne hute gan vngevarlich";"

das Reinheimer Weisthum:

„Item vnd wan er" (nämlich der zur Stellung des Zuchtviehs verpflichtete Kelmeier) „zu acker get, so mag er den stier by ym laßen gan biß er enntwit. Vnd wan er das thut, so sal er vff den pflug stan vnd dry stund klopfen vff die rindertaschen, komt der stier, so sal er yn mit den rindern in das holtz tryben, komt er nit, so mag er yn laßen gan."

„Item der wucherstier vnd das wucherschwin haben auch die frihayt, wo sy zu schaden gant, so mags der so sy vff seinen schaden findt, dorab tryben, vnd wan sie mit den fordern füßen dorab koment, so sal ers lassen gan, vnd sal man sy witter nit schädigen."

Bezüglich Böddiger sagt das Hasunger Güterregister:

„Der osse sal gan in der wynter frucht wyeth Walperßbach und in der Sommerfrucht wyet tho synt Johannisbach des Dossers tho Myddenen Sommer vnd der junghe Osse sal dem alden folgen vnd ßo ße eynen zo vele bedranghe, ßo sal he ße zu Felde in drieben."

So bestimmt das Weisthum von Geispolzheim:

Grimm, Rechtsalterth. S. 592.

„Hette der schel darmit nit gnug zu eßen, so sol er fahren auf das widemgutsacker einen, weder uf den besten noch uf den bößen, und alda sol er den schal weiden";

das Weisthum von Köschingen:

Grimm a. a. O.

„Auch so hat bemelter mair die macht wan ein ochs abspilt, hat er den in den flor zue slagen und wan der ochs durch das falter kumbt, hat ine keiner weiter zu treiben, dan aus seinem acker oder wismed über den negsten rain",

und das Bauerrecht von Wendhagen:

Grimm, a. a. O.:

„wenn einem ein bulle oder bähre im korn ginge, der soll sie fürder treiben, wolte der andere sie nicht leiden, der soll es ebenso machen, auf daß sie ihre nahrung haben oder er treibe sie in den stall und gebe ihnen satt zu eßen."

Es sagt das Weisthum von Andelfingen:

„Wär och daz das selb rind ieman zu schaden gat, es sig in die äkker ald in die wisen, da sol man es vnschalkbarlich vsstriben, ein usser dem sinem in eines andern vnd nit fürbas;"

das Bochum'sche Land- oder Stoppelrecht, § 32:

„Welcher ein Schultengutt hett, dem da ennen Stier oder Beehr gehöhret zu halten, der da ins Korn ginge, den sol man nicht schlagen, noch werffen, sondern jagen sie über den Boer und lassen sie gehen";

das Fischinger Weisthum:

„vnd zu welchem acker sy kumendt, so sol in niemand ustriben, den mit einen schwartzen hut uf ein stecken geleit, und sol in nur went us sim Acker tribent und nit fürbas. Vnd were och, das deweder der pharre oder der eber in dheinshus zu Vischingen kem, der sol in behalten als vetz bis er in wider geantworten mag der tütschen Herrn knecht";

es sagt das Betmeringer Weisthum:

„und swa es danne get, daz sol im niemen weren, es were

denne, daz es ieman funde an sinem schaden, der sol es triben ab sinem gut und sol es denne lassen gan. Wer es aber, daz er es ungewonlich tribe, wurfe oder schlüge, wurde es da verloren, so sol er es gelten;"

die Oeffnung von Maur:

„dieselben zwey houpt hand dy fryheit; wo sy ze schaden tages grad, so sal einer dem sy schaden thund tryben mit dem rechten gand ab dem sinen vff den nechsten; wer aber dass es keiner für basstrybe, oder schlüge, der sol es dem wydmer bessern mit iij ß. Der widmer sol ouch dasselb vich zenacht in thun, wer aber, dass es keinen schaden thäte zenacht, den müßte er ablegen";

sowie die Oeffnung von Neftenbach:

„dasselbe rind vnd das schwin hand die fryheitt, wo sy einer vindet vff dem sinen oder an sinem schaden, der sol den gern in sin hande nemen vnd sol es damit uss dem sinen triben bescheidenlich, vnd sol denn einen andren ouch lassen weren, vnd sol es nieman übel slachen;"

das Weisthum von Zuzendorf:

„item dar soll der meier ein zimlichen fahren und ein zufahren halten, die der pfrund frei sein sollen, die haben macht hinzugehen, wo sie wollen, und brechen kein einung, und wo auf dem prüehl über zwen haufen heu gemacht wird, da soll man ein eisern gabel haben, die zinken hat schuehs lang, und soll sie nutten in den haufen stecken, und wann (sie) nicht den grund erreicht, soll das übrig zu den fahren behalten werden."

„item soll der pfarher ein hetschen halten, der ist pfrüntenfrei, und soll seinen freien strich haben, bricht kein einung;"

das Weisthum von Appenweiler:

„item der fronmeier mag wohl zu mayenzeit denselben frohnfohlen (den Hengst), wenn es ihn bedünkt nothdürftig zu sin, in die samen tryben, wo er wil, und kumpt der in des samen und acker, da dasselbe roß geht, so mag er es wohl uß sinen gut in des nächsten gut dabi triben tribet,

er es aber witer, so verfällt er zu buß 30 Schilling u. 1 helbling." „Dasselb roß soll gemeinlich (?weiden) zwüschen den 2 wegen, wenn daselbs mag es ohne schaden uskumen."

Nach der Ebersheimer Dinghofserneuerung von 1612 §. 16 darf das Thier nur „tugendlich" vom Acker ausgetrieben und muß, wenn es auf einen Hof kommt, sorgfältig eingeschlossen und dem Hirten überantwortet werden, bei Meidung einer Buße von 30 Schillingen.

Zöpfl, Alterthümer. Bd. III. S. 169 ff.

Endlich aber besagt bezüglich der neueren Zeit

Schuller, Herkunft der Sachsen in Siebenbürgen. S. 40: „Was noch vor wenigen Jahren" (Schuller schrieb 1866) „den fremden Reisenden in vielen Gegenden des Sachsenlandes überrascht haben mag, wenn er durch den fleißigen Anbau üppiger Waizen- oder Maisfelder sich einem Dorfe näherte, das war der Stier der Gemeinde, welcher die Feldmark gehört. Für ihn gab es keine Statuten, sondern nur das Naturrecht des Stärkeren. Wie suchte er sich überall die allerfettesten Bissen aus, wie stolz sah er im Gefühle seiner Unantastbarkeit den Flurschützen an, und wie spottete er aller Gesetze und Ordnungen, welche drinnen im Dorfe das Eigenthum sicherten."

Das Zuchtvieh darf also in der gesammten Mark beliebig und hutelos umherschweifen (von dem Umherfahren des Stiers wird sogar die Bezeichnung desselben mit „Farre" abgeleitet), darf sich überall auf den Grundstücken eines jeden Märkers Nahrung suchen, wie es will, ja der zur Stellung des Zuchtviehs Verpflichtete selbst durfte es sogar, wenn er nicht genug Futter für dasselbe hatte, auf die Aecker der Genossen führen und daselbst weiden, und wenn wirklich einmal diese Freiheit mißbraucht wird, so muß der Benachtheiligte dem schadenden Thiere noch besondere Schonung angedeihen lassen, er darf es nicht schlagen oder hetzen, sondern darf es nur etwa durch das Wehen mit seinem Hute, mit einer dünnen Haselgerte, dem Rockschoß oder dem Aermel verscheuchen und ist auch

sofort zur Einhaltung alles weiteren Vorgehens verpflichtet, sobald das Thier seinen Acker, wenn auch nur mit den Vorderfüßen verlassen hat.

Es ergibt sich aus dieser über das Bedürfniß des Aufsuchens der weiblichen Thiere zur Beigesellung weit hinausgehenden Freiheit nicht nur ein weiterer Beweis für den engen Zusammenhang zwischen dem Zuchtvieh und der Grundlage der Markgenossenschaft, der Grundfläche der Mark, an welchem wiederum nur Markgenossen Antheil hatten, sondern wenn wir genauer zusehen, so gestaltet sich dieser Zusammenhang weiter dahin, daß das Zuchtvieh ursprünglich nicht bloß als im Interesse der Markgenossenschaft vorhanden, sondern geradezu als im Eigenthum der Markgenossenschaft stehend und von dieser unterhalten anzusehen ist. Allerdings wird es nach unseren Quellen nicht immer von der Genossenschaft als solcher, sondern oft von dazu gegen gewisse Gegenleistungen Verpflichteten gestellt und erhalten; allein ursprünglich wurde es jedenfalls, was auch das natürlichste und der Urgeschichte unseres Volkes entsprechendste ist, überall von der Genossenschaft gestellt, und erst im Laufe der Zeit wurde diese Verpflichtung in einer Reihe von Gemarkungen an gewisse Güter geknüpft, sei es, daß sie mit der Vorstandschaft und deren Lasten und Pflichten auf den Fronhof übergieng, so daß dann überall, wo ein Fronhof vorkommt, diesem die Verpflichtung obliegt,

vergl. **Grimm, Rechtsalterthümer** S. 592,

sei es, daß sich diese Entwicklung in anderer Form vollzog, indem die fragliche Verpflichtung z. B. mit dem Besitz der Seitens der Markgenossenschaft als Gegenleistung gewährten Grundstücke und Gefälle auf einen oder mehrere Höfe übergieng, oder in irgend einer sonstigen Weise. In allen diesen Fällen gilt aber mindestens in der Erinnerung das Zuchtvieh auch nach einem solchen Uebergang der Verpflichtung zur Stellung desselben von der Genossenschaft auf einen einzelnen Genossen immer noch als Genossenschaftseigenthum; denn daraus allein

erklärt es sich, daß diese Thiere nicht verpflichtet sind, irgendwelches Sondereigenthum anzuerkennen, so daß sie weder an die zum Schutz dieses Sondereigenthums für das Vieh der einzelnen Genossen eingeführte Heerdengemeinschaft gebunden sind, noch den Uebergang der dem Privatgebrauch übergebenen Feldgrundstücke aus dem ursprünglichen Gesammteigenthum der Genossenschaft in das Sondereigenthum der einzelnen Genossen anzuerkennen brauchen, und daß sie, wo sie auch betreten werden, die dargelegte besondere Schonung genießen. Hätten diese Thiere stets im Privateigenthum des Besitzers eines gewissen Gutes gestanden, der sie nur kraft eines dinglichen Rechts der Genossenschaft zur Verfügung stellte, so wären diese Freiheiten gewiß nicht zugestanden worden und hätten auch gar keinen Sinn gehabt, weil der Verpflichtete ja dafür hätte Sorge tragen können, daß das Zuchtvieh niemanden benachtheiligte und seine Nahrung erhielt. Sehr einfach aber konstruirt sich die Sache, wenn man die Thiere als ursprüngliches Genossenschaftseigenthum ansieht, an dem dann jeder Grundbesitzer in diesen Thieren den Gegenstand seines Miteigenthums sah und deshalb schon seiner selbst wegen sich zur Rücksichtsnahme und Schonung dieser Thiere verpflichtet hielt und halten mußte, auch als nicht mehr das gesammte Grundeigenthum in der Mark gemeinschaftliches Eigenthum sämmtlicher Genossen war. Daß diese Thiere, als sie Privateigenthum des zu ihrer Stellung nunmehr nur noch kraft eines dinglichen Rechts Verpflichteten wurden, doch noch die besprochenen großen Freiheiten behielten, läßt sich zum Theil aus der langen früheren Gewöhnung erklären, namentlich wenn die, nun allerdings von der Person der einzelnen Genossen getrennte Gemeinde das verpflichtete Subjekt wurde, zum Theil auch wenigstens für die Fälle, wo die Verpflichtung zur Stellung derselben auf den Fronhof übergieng, aus der dem Besitzer des Fronhofs zustehenden Gewalt über die Mark, mit Rücksicht auf welche demselben so leicht keine Vorrechte entzogen werden konnten.

§. 4.

Untersuchung über die rechtliche Natur der Verpflichtung zur Stellung des Zuchtviehs.

Die nach §. 3 auf der Markgenossenschaft beruhende und aus derselben entsprungene Verpflichtung zur Stellung des Zuchtviehs gehört nun, um ihre rechtliche Natur festzustellen, nach dem Erörterten zunächst wie die Markgenossenschaft selbst dem Privatrecht an.

Sie ist aber insbesondere den dinglichen Rechten und zwar den Reallasten zuzuzählen.

Wo sie an einen Hof, z. B. den Fronhof, den bestimmten Brühl zu Clotten, die Fünfhufen zu Altenstädt oder an den Besitz der Ochsenwiese, des Pfarrguts u. s. w. geknüpft ist, erscheint dieß unzweifelhaft, da sie sich hier als eine an einen bestimmten Grundbesitz geknüpfte Obligation darstellt, welche eben dadurch aus dem für den Begriff der Obligation nothwendigen Verhältniß von Person zu Person heraustritt und sich als theilweise Herrschaft über eine Sache, d. h. selbstverständlich den Eigenthümer dieser Sache, darstellt und als Reallast den dinglichen Rechten zuwächst, da man aus dem angegebenen Grunde unmöglich mit Gerber in dessen deutschen Privatrechte die Reallasten zu den Obligationen rechnen kann, sondern bei der ältern Ansicht stehen bleiben muß, welche die Reallasten zu den dinglichen Rechten zählt. Die Person, welche das Zuchtvieh zu stellen hat, tritt vollständig zurück: es ist derjenige, welcher kraft eigenen oder abgeleiteten Rechtes den Hof oder das betreffende Grundstück besitzt, der Verpflichtete, die Verpflichtung haftet an diesem Grundbesitze, so daß mit dem Verkauf oder der Vererbleihung des Grundbesitzes diese Last auf den neuen Empfänger übergeht, wie uns auch die Beispiele von Barchfeld Boyneburgischer Seits und von Trusen für den Verkauf, von Großkems, Adligenswil, Emmen, Andelfingen, Betmeringen u. a. für die Verleihung zeigen, oder daß der kraft Amtes in Besitz des Hofes Befindliche, z. B. der Pfarrer in den oben

angegebenen Beispielen mit der Uebernahme des Hofes verpflichtet wird. Auch die Persönlichkeit der Berechtigten ist völlig unerheblich, es sind dieß nur diejenigen, welche kraft eigenen oder fremden Rechts einen Hof in der Mark inne haben und dadurch berechtigt sind, in der Mark Vieh zu halten, so daß man auch mit Bezug auf die Berechtigten sagen kann, das Recht haftet nicht an den Personen, sondern an den einzelnen Höfen.

Aber auch in den Fällen, wo die Genossenschaft (Gemeinde) selbst das Zuchtvieh stellt, liegt regelmäßig ein dingliches Recht, eine Reallast vor. Ganz unzweifelhaft ist dieß wieder der Fall, wenn die Gemeinde sich im Eigenthume des als Entschädigung für das Halten des Zuchtviehs dienenden Grundeigenthums befindet und demjenigen, der das Zuchtvieh hält, dieß Grundeigenthum zur Benutzung übergibt oder davon demselben Nutzungsrechte z. B. Weiderechte bestellt: hier liegt eigentlich der schon erörterte Fall vor. Dasselbe ist der Fall, wenn die einzelnen Hofbesitzer das Vieh der Reihe nach herumfüttern müssen, da auch hier die Grundlage der Verpflichtung nicht die Persönlichkeit der einzelnen Hofbesitzer, sondern deren Eigenschaft als Besitzer eines Hofes in der Mark ist. Wo aber auch dieß alles nicht der Fall ist, sondern die Gemeinde das Zuchtvieh selbst hält oder in Verding gibt, liegt eine Reallast vor, indem ursprünglich das verpflichtete Rechtssubjekt, die Mark und deren Genossen, ohne Rücksicht darauf, wer diese letzteren waren, sondern nur mit Rücksicht auf ihre Eigenschaft als Miteigenthümer an der gemeinen Mark das Zuchtvieh den Besitzern von Gütern in der Mark zu stellen hat, später aber in diese Verpflichtung die selbständig von den Genossen getrennt gedachte Genossenschaft eintrat, welche wiederum nicht als Inbegriff einer Mehrheit von Personen erscheint, sondern als Inbegriff einer Mehrheit einiger durch ihre Besitzer vertretener Güter, nämlich der einzelnen in der Mark liegenden Höfe und der gemeinen Mark, d. h. als Inbegriff des Grundbesitzes, mit Rücksicht auf dessen Bebauung und Be-

wirthschaftung allein die Genossenschaft entstanden war und dessen Rechtsverhältnisse mit Rücksicht auf die Nachfolger sicher gestellt werden mußten, was aber nur dadurch geschehen konnte, daß das Recht als ein dingliches perpetuirt wurde.

Für diese Ansichten kann ich mich auch auf einige Entscheidungen des vormaligen Oberappellationsgerichts zu Kassel berufen, welches die Eigenschaft der fraglichen Verpflichtung, sofern dieselbe auf einem bestimmten Gute lastete, öfter als Reallast anerkannt hat,

vergl. Heuser, Annalen. IV. S. 481 ff., 486 ff., 495 ff., VII. S. 323 u. XIII. S. 417,

welches ferner annahm, „daß nach den in den Landgemeinden seit deren Entstehung vorhandenen und im Laufe der Zeiten in der fraglichen Hinsicht nicht wesentlich geänderten Lebensverhältnissen die dingliche Obliegenheit zur Stellung des Faselviehs für die Heerden einer Gemeinde regelmäßig auf die durch Grundbesitz in der Gemeinde-Gemarkung und Betrieb der Landwirthschaft bedingten Feld- und Hute-, bezw. Heerdegemeinschaft des Pflichtigen mit den übrigen Grundbesitzern in der Gemarkung sich gründet, sei es nun, daß die deshalbige Verpflichtung zugleich im Näheren an ein gutsherrliches oder nur an das Gemeindeverhältniß sich anschließt", und daß die Fortdauer der Verpflichtung an den Fortbestand der gedachten Verhältnisse geknüpft sei, mit Aufgabe des Grundbesitzes in der gedachten Gemarkung also erlösche.

Heuser, a. a. O. IV. S. 495 ff.

Es bedarf nun noch der Fall einer Prüfung, wie es sich verhalte, wenn in Folge der neueren Gesetzgebung an Stelle der Markgenossenschaft oder Realgemeinde die politische Gemeinde als verpflichtetes Subjekt bezüglich der fraglichen Verpflichtung getreten ist, oder wenn deren Mitglieder als solche und nicht mehr als Mitglieder der Realgemeinde die Berechtigten bezüglich der fraglichen Verpflichtung geworden sind. Auch in diesen beiden Fällen halte ich mit dem früheren Oberappellationsgericht zu Kassel die Verpflichtung für eine

Reallast, und zwar nicht nur, wenn die Verpflichtung auf einem bestimmten Gute haftet, sondern auch dann, wenn sie nur an dem Besitze eines einzelnen Grundstücks klebt, mag dieß Grundstück nun in Privathände übergegangen sein, oder in das Eigenthum der stillschweigend als Rechtsnachfolger in der Markgenossenschaft anzusehenden politischen Gemeinde übergegangen sein. Aber auch dann halte ich die Verpflichtung für eine Reallast, wenn die Gemeinde ohne gleichzeitigen Erwerb eines solchen Grundbesitzes von der früheren Realgemeinde das Zuchtvieh stellt; denn wenn man auch gewiß, um nicht das Recht der historischen Entwicklung zu bestreiten, mit dem Referenten des früheren Oberappellationsgerichts zu Kassel bei

Heuser, a. a. O. XIII. S. 408

annehmen muß, daß der Schwerpunkt bei der Entscheidung nicht das historische Entsprungensein, zu dessen Entwickelung meist weitschichtige rechtsgeschichtliche Studien erforderlich sind, sondern das heutige Verhältniß maßgebend ist, so erhellt doch gleichzeitig aus dem Dargestellten, daß die Grundlage der fraglichen Verpflichtung auch unter den gedachten Verhältnissen die Feldgemeinschaft und das Eigenthum an der gemeinen Mark, so wie die in Folge davon bestehende Heerdengemeinschaft ist, und daß der Umfang des Rechts oder der Verpflichtung durch die Größe des gesammten zur Gemarkung der Gemeinde gehörigen Grundbesitzes bedingt oder doch beeinflußt wird, daneben auch nicht die Person des Viehhalters, sondern dessen Ansässigkeit auf dem Gemeindeterritorium und dessen Theilnahme an der die gemeinsame Gemarkung behütenden Heerde das maßgebende ist, so daß schon allein hieraus, selbst abgesehen von der historischen Entwickelung, die Natur der in Rede stehenden Verpflichtung als einer Reallast deutlich hervortritt. Für diese Begründung des fraglichen Rechts als eines dinglichen kann man aber auch eine Analogie finden, wenn man z. B. bedenkt, daß das Recht des Beamten auf Bezug seines Diensteinkommens sowol nach gemeinem, als nach hessischem Rechte als ein

dingliches, auf den Umfang des Staatsgebietes radizirtes angesehen wird, eine Annahme, für welche die Aehnlichkeit des Staatsamtes mit dem Kirchenamt keine genügende Begründung abgibt, da, wie wir gesehen, letzteres seine dingliche Eigenschaft dem Haften an der Kirchenhufe verdankt, während das Staatsamt in keiner anderen Weise mit Grundeigenthum in Verbindung zu bringen ist, als daß der Beamte nicht im Dienste von Personen, sondern im Dienste des Landes im Umfange von dessen Grenzen steht.

§. 5.

Beleuchtung der abweichenden Ansichten.

Glaube ich sonach in den §§. 3 und 4 die von mir aufgestellten Behauptungen bewiesen und in den einzelnen daraus zu ziehenden Folgerungen erörtert zu haben, so verlangt es doch die Vollständigkeit der Sachbehandlung, auch die abweichenden Ansichten anderer zu prüfen und durch deren Widerlegung gleichfalls die Richtigkeit der von mir vertretenen Ansicht darzuthun.

Es wird nun die fragliche Verpflichtung vorzugsweise von anderen als eine persönliche Obligation aufgefaßt, aus dem Gemeindeverband abgeleitet und als die Gegenleistung für den Blutzehnten angesehen, der Ansicht Landau's in seiner Abhandlung über das Salgut, wonach sich in jedem Dorfe ein als Pfründe für den Gemeindevorstand dienendes Salgut finden soll, auf welchem auch die hier erörterte Verpflichtung haften, gar nicht zu gedenken, da sich diese nach dem bisherigen von selbst widerlegt.

Die namentlich von dem dissentirenden Mitgliede des früheren Obergerichts zu Kassel bei

Heuser, Annalen. Bd. VII. S. 323 ff.

vertretene Ansicht, daß die fragliche Verpflichtung auf einer persönlichen Obligation beruhe, halte ich insofern für

eine richtige, als die Möglichkeit, sich das Zuchtvieh auf dem Wege der persönlichen Obligation zu beschaffen, auch nach meiner Darlegung keineswegs ausgeschlossen ist. Man wird auch dann die persönliche Obligation zu Hülfe nehmen müssen, wenn z. B. eine Gemeinde denjenigen zur Erfüllung seiner Verpflichtung zwingen will, welcher ihr gegenüber auf Grund eines Vertrags sich verpflichtet hat, das Zuchtvieh statt ihrer überhaupt zu beschaffen, oder das von der Gemeinde beschaffte und in deren Eigenthum stehende Zuchtvieh nur zu unterhalten, wie z. B. in den Fällen aus Kassel bei

Stölzel, Cassel. Stadtrechnungen, a. a. O.,

allein es wird dadurch der Kern unserer Frage nicht berührt; denn in diesen Fällen ist das eigentlich zur Stellung des Zuchtviehs verpflichtete Subjekt die Gemeinde, welche sich nur kraft des betreffenden Vertrags einen andern zur Leistung der ihr selbst ursprünglich obliegenden Verpflichtung substituirt hat; und würde auch z. B. ein Viehhalter, welchem etwa der, der das Zuchtvieh in Verwahrung hat, die Benutzung des Zuchtviehs verweigern wollte, wenigstens in Hessen nach der dort stattgefundenen Entwickelung der Lehre der Verträge zu Gunsten Dritter denjenigen, der das Zuchtvieh verwahrt, direkt auf Gestattung der Benutzung belangen können, so wäre dem Viehhalter doch auch keineswegs die Klage gegen die Gemeinde entzogen, dafür zu sorgen, daß ihm das Zuchtvieh zur Benutzung überlassen werde, und selbst die Klage gegen denjenigen, welcher das Zuchtvieh für die Gemeinde hält, müßte eine Darlegung der Verpflichtung der Gemeinde zur Stellung des Zuchtviehs zu Grunde liegen; und auch wo etwa eine solche Anfangs nur vertragsmäßige Verpflichtung an Stelle der ursprünglich verpflichteten Gemeinde das Zuchtvieh zu stellen, sich nach und nach an einen gewissen Grundbesitz heftete, da tritt die Obligation mit dieser Entwickelung zurück, und es findet nur ein Wechsel des kraft des ursprünglichen Verpflichtungsgrundes verpflichteten Subjektes statt. Es hat sich nun aber die in Rede stehende Verpflichtung nach den zahlreichen gegebenen Beispielen

fast überall als ein dingliches Recht gestaltet, dem nicht nur der Grundbesitz des Verpflichteten und die Thatsache, daß der Berechtigte Grundbesitzer war, zu Grunde lag, sondern dem auch bei Beschaffung des Zuchtviehs durch die Gemeinde die dingliche Grundlage dadurch gegeben wird, daß die Gemarkungsgrenze der Gemeinde den Umfang des Rechts und der Verbindlichkeit gibt. Insofern kann ich also nicht annehmen, daß eine persönliche Obligation die fragliche Verpflichtung begründe, selbst da nicht, wo das (oft schon seit lange bestandene) Verhältniß durch einen Vertrag fixirt wird, indem ein solcher Vertrag nicht in der Absicht abgeschlossen wurde, ein neues Rechtsverhältniß zu begründen, sondern nur um ein bereits bestehendes klar zu stellen,

vergl. Anlage I und IV,

und selbst, wenn das Rechtsverhältniß durch den Vertrag erst neu begründet werden sollte, regelmäßig die Absicht zu Grunde liegt, durch Fixirung der fraglichen Verpflichtungen auf einen bestimmten Grundbesitz ein dingliches Rechtsverhältniß herzustellen. Es mag in manchen der angedeuteten Fälle ursprünglich ein persönliches Rechtsverhältniß zu Grunde gelegen haben, *allein* dasselbe ist durch das Fixiren an den Grundbesitz 2c. *dinglich* geworden.

Ich kann daher gewiß den Grundsatz aufstellen, daß die in Rede stehende Verpflichtung der Regel nach nicht als ein persönliches, sondern als ein dingliches Recht erscheint, und will nur noch nebenbei bemerken, daß wo die in Rede stehende Verpflichtung sich etwa als eine persönliche darstellen sollte, sie einfach nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über Obligationen zu beurtheilen sein würde.

Von den beiden sonach noch verbleibenden Ansichten weicht nun sehr weit von dem hier eingenommenen Standpunkte die Ansicht ab, welche die in Rede stehende Verpflichtung aus dem öffentlich-rechtlichen Gemeindeverband ableiten will, eine Ansicht, welche nur aus einer Verwechselung des dem deutschen Rechte angehörigen Begriffs der privatrechtlichen und des mehr auf

dem römischen Rechte beruhenden Begriffes der öffentlich-rechtlichen politischen Gemeinde entstanden sein kann.

Estor möchte ich nicht als Vertreter dieser Ansicht ansehen, indem man dessen auf die vorliegendeen Frage bezüglichen Ausspruch in der

Bürgerlichen Rechtsgelehrsamkeit S. 483:

„die Haltung des gemeinen reitochsens, auch ebers, wird zu den dorflasten mitgerechnet",

nach dem zur Zeit Estor's (die bürgerliche Rechtsgelehrsamkeit erschien 1757) gültigen Rechte vielmehr auf ein privatrechtliches, mit dem öffentlich-rechtlichen Gemeindeverband, den es zu Estor's Zeiten noch gar nicht gab, in keinerlei Verbindung stehendes Rechtsverhältniß zurückführen kann.

Vorzugsweise wurde diese Ansicht dagegen zeitweise vom früheren Oberappellationsgericht zu Kassel vertreten, welches gelegentlich der Prüfung der Frage, ob die in Rede stehende Verpflichtung ablöslich sei (vergl. §. 6) in mehrfachen Entscheidungen auf Grund der Ausführungen seiner Referenten aussprach, die fragliche Verpflichtung beruhe im Zweifel auf dem öffentlich-rechtlichen Gemeindeverbande (weshalb sie unablöslich sei).

Vergl. Heuser, Annalen IV. S. 464 ff., S. 486 ff., VII. S. 323,

eine Entscheidung, der dann wegen der präjudiziellen Eigenschaft der Bescheide des Oberappellationsgerichts zu Kassel auch die übrigen kurhessischen Gerichte folgten.

Vergl. z. B. Bescheid des früheren Obergerichts zu Kassel bei Heuser, Annalen. Bd. VII. S. 323 und des früheren Obergerichts zu Fulda daselbst. XIII. S. 404.

Aber schon bei der Aufgabe, diese Ableitung des in Rede stehenden Rechtsverhältnisses zu konstruiren, zeigt sich die ganze Unstichhaltigkeit dieser Ansicht, indem man keine richtigen durchschlagenden Gründe dafür aufstellen konnte. Man sah ein, daß der Verband, welcher dieser Verpflichtung zu Grunde liegt, sich nicht mit dem Verband der Ortsbürger oder auch nur der Gemeinde-Angehörigen nach dem Verhältniß der politischen Ge-

meinden und insbesondere nach dem Sinne der kurhessischen Gemeindeordnung vom 23. October 1834 decke, man fand, daß die Grundlage des hier in Frage kommenden Verbandes vielmehr auf der Hute- und Feldgemeinschaft beruhe, namentlich aber, wenn der Verpflichtete gar nicht derselben politischen Gemeinde angehörte wie die Berechtigten, und so bildete man dann namentlich für den letztgenannten Fall einen Begriff von Gemeindeverband ad hoc, indem man behauptete, diese Güter gehörten wenigstens bezüglich der Heerdengemeinschaft zum Gemeindeverband.

Die Unstichhaltigkeit solcher Schlußfolgerungen leuchtet zunächst von selbst ein; denn läßt sich die in Rede stehende Verpflichtung nicht auf den Verband der durch die Gemeinde-Ordnung geschaffenen öffentlich-rechtlichen Gemeinde zurückführen, so beruht diese Verpflichtung eben nicht auf diesem Gemeindeverband. Aus dem Gemeindeverband kann aber, wie der Referent des Oberappellationsgerichts zu Kassel bei

Heuser, Annalen. XIII. S. 407 ff.

sehr richtig ausführt, nur dann etwas entspringen, wenn einmal dieser Verband die Berechtigten und Verpflichteten gleichzeitig *umfaßt*, und wenn andererseits gerade die gliedliche Stellung des Verpflichteten in diesem Verbande den unmittelbaren Titel der Verpflichtung bildet, die Last also kraft des Gemeindeverbandes besteht. Wenn nun der Verpflichtete gar nicht dem Gemeindeverband angehört, wie z. B. der Besitzer eines als selbständiger Gemeindebezirk anerkannten Rittergutes, das wol z. B. nach §. 5 der kurhessischen Gemeinde mit der betreffenden Gemeinde zusammen einen örtlichen Verwaltungsbezirk bildet, aber nicht mit derselben zu einer Gemeinde vereinigt ist, so umfaßt der Gemeindeverband nicht beide Theile, den Berechtigten und den Verpflichteten, und es geht also die Verpflichtung über den Gemeindeverband hinaus. Ebenso verhält es sich mit den Burgsitzen in den Städten, welche mit der Stadt auch nur das politische Band der gemeinschaftlichen Wehrverfassung hatten, im übrigen aber von der Stadtverwaltung

unbehelligt blieben und selbständig für sich waren. Gehören aber Berechtigte und Verpflichtete zu derselben Gemeinde, und es beruht die Verpflichtung auf dem Besitz eines gewissen Grundstücks, so erhellt, daß auch dann die Verpflichtung nicht kraft des Gemeindeverbandes besteht, sondern auf dem Besitze dieses Grundeigenthums beruht und also auch nur ein dingliches Rechtsverhältniß vorliegt. Selbst wenn aber die Gemeinde und jetzt sogar die politische Gemeinde das Zuchtvieh stellt, ohne im Besitz eines als Entschädigung dienenden Grundbesitzes zu sein, so erhellt doch allein schon deshalb, weil die Beschaffung des Zuchtviehs mit den von der politischen Gemeinde zu erreichenden Zwecken gar nichts zu thun hat und weil die Verpflichtung zur Stellung des Zuchtviehs nicht kraft des politischen Gemeindeverbands, sondern kraft der Feld-, Heerden- und Hutegemeinschaft besteht, daß es sich nur um ein, von der politischen Gemeinde nur mit der übrigen Erbschaft der alten privatrechtlichen Gemeinde übernommenes privatrechtliches und, wie im §. 4 gezeigt, auf die Gesammtgemarkung radizirtes dingliches Rechtsverhältniß handelt.

Das Oberappellationsgericht zu Kassel gieng deshalb auch später von dieser Ansicht ab, indem man die fragliche Verpflichtung auf einen privatrechtlichen Titel zurückführte.

Bei dieser Ableitung aus dem Privatrechte aber kam man auf einen abermaligen Abweg, indem man die in Rede stehende Verpflichtung als Folge des Blutzehnten und Gegenleistung für dessen Entrichtung zu betrachten suchte, während es sich nach meiner Ansicht gerade umgekehrt verhält.

Ob der Staatsanwalt in Sachen „Hohenzell gegen Kloster Schlüchtern" bei

Heuser, Annalen. VI. 487 ff.

diese Ansicht, oder die von mir vertretene aufstellt, ist zwar zweifelhaft, doch scheint es nach dem Wortlaut, als wenn er den Zehnten als das ursprüngliche und die Abgabe als das daraus entstandene ansehen wolle. Unzweifelhaft aber spricht sich für diese Ansicht:

Ullrich de diff. dec. S. 38

mit den Worten aus:

„Hoc tantum singulare est in hac decimae praestatione (nämlich des Blutzehntens), quod interdum decimator tenatur decimandis perigere pecus masculum ejusdem generis, ex quo decima exigitur",

und ebenso auch

Maurer, Geschichte der Freihöfe Bd. III. S. 10,

indem er sagt:

„Hier muß nur noch bemerkt werden, daß auch die Hof- und Grundherrn zuweilen für die von den Colonien zu entrichtenden Gegenleistungen verbunden gewesen sind. Dahin gehören namentlich die Verbindlichkeit des Freihofherrn oder des Meiers oder des sonstigen Inhabers des Freihofs das nothwendige Faselvieh oder Zillvieh oder die Wucherthiere zu halten",

beide also leider ohne nähere Motivirung, ferner auch

Hagemann, Landwirthschaftsrecht Seite 550

mit den Worten:

„Der Rittergutsbesitzer, hin und wieder auch wohl der Zehntherr muß dieselben (nämlich die Zuchtthiere) gegen Erlegung eines gewissen Sprunggeldes halten. Urspünglich ward die Haltung dieser Thiere vermuthlich bloß zur Veredlung und Verbesserung der Viehraçen von demselben übernommen, aber im Fortgang der Zeit ist sie nachmals zu einer rechtsherkömmlichen Schuldigkeit geworden".

Letzterem folgt in allem bezüglich dieser Ableitung unserer Verpflichtung und der Begründung dieser Ableitung der Votant des früheren Obergerichts zu Kassel bei

Heuser, Annalen VII, S. 323 ff.,

und es trifft sich diese Ansicht wenigstens insofern mit der von mir vertretenen, als beide die Stellung des Zuchtviehs in Verbindung mit dem Zehnten setzen, beide Ansichten sind jedoch insofern verschieden, als nach der von mir vertretenen Ansicht, wie bemerkt, nicht die Stellung des Zuchtviehs die Gegenlei-

stung für den Zehnten ist, sondern vielmehr der Zehnten als Gegenleistung für die Stellung des Zuchtviehs gegeben wird.

Selbstverständlich haben wir es hier nicht mit dem in Analogie der mosaischen Gesetzgebung eingeführten kirchlichen Zehnten, sondern dem weltlichen Zehnten zu thun, mag man nun annehmen, daß derselbe eine dem kirchlichen Zehnten nachgebildete, oder daß es eine bei weitem ältere Abgabe und identisch mit den von Tacitus Germania cap. XV bereits erwähnten Abgaben sei, der aber jedenfalls mit dem kirchlichen nichts weiter als die Berechnung der Abgabe nach dem Dezimalsystem gemeinsam hatte und insbesondere im Gegensatz zum öffentlich rechtlichen kirchlichen Zehnten rein privatrechtlicher Natur war und als Gegenleistung für gewisse Leistungen diente, z. B. für Gestattung von Weide und Mast,

Waitz a. a. O. Bd. II. S. 530, IV. S. 196.

Estor a. a. O. Bd. I. S. 469 (Anmerk. 1),

der aber auch oft durch Umwandlung in eine andere Art der Abgabe, z. B. ein Sprunggeld, so verdunkelt worden, daß die ursprüngliche Natur dieser Abgabe kaum noch zu erkennen ist. Nur zur Verwechselung kann es also dienen, wenn man den als Gegenleistung für die Stellung des Zuchtviehs zu entrichtenden Zehnten mit dem kirchlichen Zehnten in Verbindung bringt, wie dieß z. B. der Votant bei Heuser Annalen VII. S. 335 thut, und was sich wol daraus erklären mag, daß allerdings bisweilen auch eine Kirche oder ein anderes geistliches Institut neben dem kirchlichen Zehnten den privatrechtlichen haben konnte.

Trotz des selbstverständlich nicht zu leugnenden Interesses des Zehntherrn an gutem Zuchtvieh scheint aber doch eine solche Ableitung der Verpflichtung nur aus dem Interesse des Zehntberechtigten etwas gezwungen, da es nicht recht glaublich erscheinen will, daß sich dieser Uebergang vom freiwilligen Halten zur Verbindlichkeit das Zuchtvieh zu stellen, überall — und nach den gegebenen Beispielen kommt die in Rede stehende Verpflichtung fast in ganz Deutschland gleichmäßig vor — in gleicher Weise

entwickelt habe; und entstehen überhaupt meist erst die Rechte als Folge von Verpflichtungen, nicht aber umgekehrt die Verpflichtungen in Folge von Rechten, so sprechen auch verschiedene andere Gründe dagegen.

Wäre die Stellung des Zuchtviehs jemals ein Recht gewesen, so würden wir gewiß irgend ein Quellenzeugniß, und sei es noch so alt, finden, welches diese Stellung noch als ein Recht ansähe. Statt dessen aber finden wir in allen vorliegenden Quellenzeugnissen aus den verschiedensten Zeiten diese Stellung als eine Verpflichtung. Die Eigenthümer, die Verwalter der das Zuchtvieh stellenden Höfe sind „schuldig", das Zuchtvieh zu halten, „sollen" es halten, „haben" es zu halten, „tenebuntur", wie die obige Quellenzeugnisse und die Anlagen I—IV bekunden, und nicht nur das, es werden auch ganz bestimmte Eigenschaften des Zuchtviehs erwähnt, welche zu verlangen die Berechtigten die Befugniß haben, wie wir dieß im §. 2 gesehen haben, indem die Thiere „notzbar", „verfauglich" oder der Art sein müssen, daß die Berechtigten „zufrieden" sein können.

Es würden aber auch die im §. 3 gezeigten großen Freiheiten der Zuchtthiere sich nicht erklären lassen, wenn die Stellung dieser Thiere durch den Besitzer des betreffenden Gutes nur in dessen eignem Interesse, der Vermehrung des Nutzens aus dem Blutzehnten, erfolgt wäre, wogegen sich diese Freiheiten sehr leicht erklären, wenn man annimmt, daß die Zuchtthiere von dem betreffenden Gute kraft einer diesem Gute im Interesse der berechtigten Genossenschaft obliegenden Verpflichtung gestellt wurden.

Endlich bestätigen aber auch die an der betreffenden Stelle §. 3 am Schluß des §. 2 angezogenen Quellenzeugnisse ganz bestimmt, daß der Zehnte als Gegenleistung für die Stellung des Zuchtviehs gegeben wird, und wenn auch die Fassung des Hochkircher Vertrags

„tenebuntur racione medictatis dicte decime"

einen gewissen Zweifel begründen könnte, so ist diese Fassung

4*

doch nicht bestimmt genug, um die übereinstimmenden Aussprüche so vieler anderer Urkunden zu entkräften.

Während nun mit Rücksicht darauf Pufendorf a. a. O. bei Betrachtung des erwähnten Eimbecker Vergleichs von 1529 die hier vertretene Ansicht nur andeutet, indem er sagt:

„Videtur tum temporis decimarum minutarum ratio in usu tauri prolifici et verris posita fuisse. Plane multis locis obtinet, ut dominus jurisdictionis tauri et verris tenendi jus habeat idque ad commoda ejus pertieeat. An igitur in eo quoque ratio decimarum minutarum quaerenda sit, alii iespiciant",

so spricht sich Lennep in der

Landsiedelleyhe S. 477

ganz bestimmt dahin mit den Worten aus:

„der kleine Zehnten wird dem Zehndherrn öffters davor entrichtet, weil er das Faselrind (den Reitochsen), den Eber und den Widder halten muß",

und wenn also Pufendorf a. a. O. in der fraglichen Verpflichtung daneben noch ein commodum finden will, so ist dieß nur in Bezug auf die allerdings als Entschädigung für die Stellung des Zuchtviehs geschuldeten Gegenleistungen zu verstehen.

(Schluß folgt.)

II.

Inwiefern ist es Hütungsberechtigten, besonders in Koppel- und in Mithutungen, erlaubt, ihr seither in einer Heerde getriebenes Weidevieh in mehreren Heerden zur Weide zu führen?

Ein Beitrag zur Lehre vom Weiderecht.

Von
B. Emminghaus.

Ueber das Recht der Viehhut enthält bekanntlich das römische Recht, in der Lehre von den Servituten und sonst, nur sehr vereinzelte, für unsere Verhältnisse weder ausreichende, noch durchweg passende Vorschriften[1]). Erst in Deutschland, wo Hutungsgerechtsame unter mehrfachen Formen und Gestalten, theils als reine privatrechtliche Befugniße, nach Servituten-Art eingeräumt und erworben, theils ungleich häufiger noch als Ausflüsse der Gutsherrlichkeit, als Ausflüsse der ursprünglichen Gemeinschaft der Markungen, oder als Nutzung der Gemeindeglieder an den Gütern der Gemeinde schon frühe[2]) vorkamen, — erst in Deutschland selbst hat das Weiderecht, durch Ver-

---

1) Weiske, Allgemeines deutsches Landwirthschaftsrecht §. 140.

2) Anton, Geschichte d. deutschen Landwirthschaft, III. Thl. S. 342. ff. Eichhorn, deutsche Staats- u. Rechtsgeschichte, I. Thl. 3. Ausg. S. 178 Note T. Bluntschli, deutsches Privatrecht, Bd. I §, 59. 3. ff. 6. S. 273 ff

mittelung der Doctrin und der Praxis, sowie durch Landesgesetze seine heutige umfassende Ausbildung erlangt. — Dennoch drängen sich bei der Rechtsanwendung auch in diesem Gebiete noch jetzt hin und wieder einzelne Fragen auf, welche weder direkt in den Gesetzen entschieden, noch wissenschaftlich schon einer genügenden Prüfung und Erörterung unterzogen worden sind. Dahin schien mir namentlich auch die in der Ueberschrift bezeichnete Frage zu gehören, die ich, da ich sie in den neueren deutschen Gesetzbüchern überall nicht hervorgehoben, in den mir zugänglich gewesenen Partikulargesetzen nahezu gleichfalls mit Stillschweigen übergangen und in den bis dahin erschienenen weiderechtlichen Schriften meist ebenfalls gar nicht oder nur flüchtig berührt fand, bereits vor einer längeren Reihe von Jahren eingehend zu besprechen versuchte. Es geschah dieß in einer Zeitschrift[3]), welche nur bis zu wenigen Heften gediehen ist und nur einer geringen Verbreitung sich erfreut hat. Und obschon man nun jener Frage, seit in der neuesten Zeit die verschiedenen Landesgesetzgebungen glücklicher Weise, im richtig verstandenen volkswirthschaftlichen Interesse immer eifriger bemühet sind, den Grund und Boden von der Fessel auch der Hutdienstbarkeit im Wege des Ablösungsverfahrens zu befreien[4]), immer seltener und hoffentlich bald gar nicht mehr in foro begegnen wird, so habe ich es doch der Mühe nicht unwerth gehalten, mit Hinweis zugleich auf die einschlägige neueste Literatur, auf sie zurückzukommen.

§. 1.

Es sind verschiedene Anlässe denkbar, welche den Hütungsberechtigten bestimmen können, seine Weidevieh-Heerde zu spalten.

---

[3]) In den Mittheilungen aus der landwirthschaftl. Rechtskunde, herausgegv. Heinr. Gritschen, Bd. I. S. 3. 1841, S. 236 ff.

[4]) Aus dem Umstande, daß bei dem Erscheinen des bürgerl. Gesetzbuches f. d. Königreich Sachsen v. J. 1863 dort sämmtliche Weide-Servituten bereits durch Ablösung beseitigt oder in der Ablösung

So, wenn er sich neuerdings zur Haltung veredelten Weideviehes, namentlich feinerer Schafe, neben dem bisher gehaltenen entschloß, und nach rationellen viehzuchtlichen Grundsätzen für nöthig erachtet, beides nicht zusammen, sondern in getrennten Haufen zur Weide zu führen. Abgesehen hiervon bestehen Hutungsreviere zuweilen aus so vielen kleinen und zerstreut gelegenen Weideplätzen, oder es sind die Weideplätze vermöge ihrer Gestalt, Lage und sonstigen örtlichen Beschaffenheit so geeigenschaftet, daß das Weidevieh, welches der Hutungsordnung gemäß gleichzeitig aufgetrieben werden darf, wird es in eine Heerde vereinigt getrieben, sich weniger darauf auszubreiten vermag, oder, zum Nachtheil einer ersprießlichen Benutzung der Weide, minder leicht und schnell von einer Stelle zur anderen fortbewegt werden kann, und der Hutungsberechtigte hierdurch sich bewogen findet, dasselbe in mehrere Heerden abzutheilen, um mit jeder derselben verschiedene, gleichzeitig für die Weide offene Plätze, oder auch den nemlichen Weideplatz abgesondert zu behüten.

Aus welcherlei individuellen Rücksichten und Gründen der Zweckmäßigkeit solch' eine Formirung mehrerer Heerden nun aber auch im einzelnen Falle als im Interesse des Hütungsberechtigten angezeigt erscheinen mag, so stellt sich dieselbe doch im Allgemeinen unstreitig auch vom rechtlichen Standpunkte aus als vollkommen unbedenklich und zulässig dar, wenn wir uns einen Triftherrn denken, der die Weide lediglich auf seinen eigenen, mit keinerlei fremden Weidegerechtsamen belasteten Grundstücken exercirt. Steht ihm nur überhaupt zugleich die, namentlich in den Landen sächsischen Rechtes,[5]) bekanntlich aber auch außerhalb Sachsen[6]) oft gesetzlich beschränkte Befugniß zu,

---

begriffen waren, erklärt es sich, daß dieses Gesetzbuch über das Weiderecht auf fremden Grundstücken keinerlei Bestimmungen enthält.

[5]) Sächs. Land- Buch II. Art. 54. Christian Gottl. Biener. Progr. Quaestion. XXII. Lps. 1811. Auch in Ejusd. Opuscul-academ. edit Fried. Aug. Biener, Vol. II. p. 147. sqq.

[6]) Kretschmer, Oeconomia forens. Bd. II. §. 132. S. 374.

sein Vieh vor einen eigenen Hirten zu treiben, so hat er sich dabei lediglich seine Convenienz zur Richtschnur dienen zu lassen. Landesgesetze, Localverfassung und Localstatute werden auch ihm gegenüber Ausnahmen zu begründen vermögen. Regelmäßig und gemeinrechtlich involvirt aber die Heerden-Theilung hier lediglich einen Akt der freien Verfügung des Hütungsberechtigten über sein Grundeigenthum, als dessen Ausfluß ja hier das Weiderecht sich allein darstellt.

Ebenso wird sich in der Regel nichts dagegen einwenden lassen, theilt ein Hütungsberechtigter, dem auf fremden Grundstücken eine deßfalls nicht besonders limitirte Alleinhut zusteht, seine Heerde. Das Weidevieh wird auf die hutbaren Ländereien gebracht, damit es daselbst seine Nahrung suche; diese Nahrung ist Gegenstand, die ökonomische Ausnutzung dieser Nahrung Zweck der Hutungsgerechtsame. Diesem Zwecke gemäß, welchem durch die physische Natur allein bestimmte Grenzen gesetzt sind, wird das Weidevieh, unter Aufsicht des Hirten, auf dem ganzen der Hut offenen Weidereviere beliebig verbreitet und wieder zusammengezogen, auf der einen Stelle in größeren, auf der anderen in kleineren Massen aufgestellt oder vertheilt werden dürfen. Was also juristisch bei Rustikalservituten ohnedies Grundsatz ist, daß sie nemlich, wie den ganzen dienenden Fundus, so auch alle einzelnen Theile desselben ergreifen,[7]) das findet bei der Weide-Servitut schon der Natur der Sache nach volle Anwendung, und da daneben, wie wir hier unterstellen, kein anderer außer dem Servitutberechtigten an dem jedesmaligen vorhandenen Weidevorrathe zu participiren hat, so ist diesem Weideberechtigten die Befugniß, seine Heerde zu spalten, auch dann in der Regel nicht abzusprechen, wenn er sein Vieh vom Anfange herein nur in einer Heerde, oder doch nur jede verschiedene Gattung gleichartigen Weideviehes, z. B. die Mutterschafe, die Hammel, die Jähr-

---

[7]) L 9 sub init. D. de servitutib. 8, 1; L. 21. D. de servitutib. praedior. rusticor. 8,3.

linge u. s. w., in einem besonderen Haufen hätte auftreiben lassen.[8])

In beiden bisher hervorgehobenen Fällen ist es vielmehr an und für sich völlig gleichgültig, wie viele einzelne Heerden gebildet und gleichzeitig auf die der Weide offenen Grundstücke geführt werden; es können deren zu der einen Zeit mehrere, zu der anderen wenigere sein, je nachdem das Bedürfniß und die, nicht immer gleichbleibenden, Umstände eine Vermehrung oder eine Verminderung als räthlich erscheinen lassen.[9]) Nur ist damit freilich nicht gesagt, daß die beliebige Vertheilung des Weideviehes in eine Zersplitterung, in ein aufsichtsloses Umherschweifenlassen desselben ausarten dürfe, was für die Nachbargrundstücke, wie für die übrige Benutzung der Weideplätze selbst, von verderblichen Folgen begleitet zu sein pflegt, den Regeln der Viehhut, die im technischen Sinne des Wortes nur bei'm Heerdeviehe vorkommt und nur auf weidende Heerden berechnet ist, schlechterdings zuwiderläuft,[10]) und eben-

---

[8]) Anderer Meinung ist, mit Berufung auf eine Entscheidung des Ob. Appell. Gerichts zu München aus d. J. 1839, Arnold in seinen pract. Erörterungen aus dem Rechtsgebiete No. XXXIII. S. 572, weil „das Hüten in getrennten Haufen, auch ohne Vermehrung der Stückzahl, nicht gleichzeitig geschehe, die dienstbaren Grundstücke folglich einem öfteren Hüten ausgesetzt werden, als wenn die Heerde vereint hüte". — Dem Obigen gegenüber vermag ich Arnold umsoweniger beizupflichten, als seine Deduction zugleich zu dem Schlusse führen würde, es sei einem, obwohl zu einem täglichen Hüten befugten, Weideberechtigten auch nicht gestattet, heute die eine, morgen die andere Hälfte seiner Heerde aufzutreiben, — was Arnold wohl schwerlich zu behaupten geneigt sein möchte.

[9]) v. Beneckendorf, Auszug aus dessen Oeconomia forens. Theil III. S. 984. Hagemann, Landwirthschaftsrecht S. 588. v. Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemein. Civilrechts, 2. Ausg. Bd. II. S. 322. Not. *).

[10]) Anton, a. a. O, S. 355, unten. Klingner, Sammlung z. Dorf- u. Bauernrecht Thl. II. S. 580.

deßhalb in den Landesgesetzen gewöhnlich ausdrücklich verboten ist.[11])

§. 2.

Gleichwie aber die Gesetze auf der einen Seite das Einzelhüten als etwas Ordnungswidriges untersagt, auf der anderen Seite durch Festsetzung einer bestimmten Hutungsordnung die Trennung des ungleichartigen Weideviehes in verschiedene Heerden nach ähnlichen Rücksichten nicht selten ausdrücklich vorgeschrieben haben;[12]) eben so fehlt es auch nicht ganz an Partikulargesetzen, nach welchen die Befugniß des Hütungsberechtigten, aus einer Heerde gleichartigen Weideviehes mehrere Heerden oder Haufen zu bilden, keineswegs als etwas was durchweg und uneingeschränkt der Willkühr desselben anheimgegeben wäre angesehen werden kann. — Einen Beleg dafür liefert eine Schwarzburg-Sondershausen'sche Verordnung vom 21. Mai 1829,[13]) nach welcher die schäfereiberechtigten Gemeinden, sie mögen nun allein die Weide exerciren, oder mit anderen Berechtigten auf dem Weiderevier zusammentreffen, das Schafvieh nur in soweit in mehreren Haufen auftreiben dürfen, als dazu eine besondere Befugniß von ihnen erworben worden ist, weil — wie das Gesetz bemerkt — durch die Heerdentheilung nicht blos andere Berechtigte in ihren Befugnissen beeinträchtigt würden, sondern auch die Aufsicht auf das Vieh erschwert und deshalb häufig zu Schaden gehütet werde. —

Sollte nun etwa Aehnliches, wo dergleichen Gesetzesvorschriften fehlen, wenigstens bei der Konkurrenz mehrerer Weide-

---

11) Z. B. im Allgem. Preuß. Landrecht Th. II. Tit. 22 §. 83 u. 84.

12) Ebendas. a. a. O. §. 128. Hagemann, a. a. O. §. 295. S. 560. Not. 5.

13) Im Sondershaus. Regier.-Blatte v. J. 1829, Nr. 14 S. 105.

berechtigter auf demselben Weidebezirke, — wo die Klugheitsregel: „divide et impera" manchen Triftberechtigten wohl durch den Umstand an die Hand gegeben sein kann, daß die obwohl ungleich kleinere, allein in eine Heerde vereinigte Viehzahl des anderen Berechtigten, weil sie sich bequemer von einer Stelle zur anderen fortbewegen läßt, mehr Futter konsumirt als die eigene größere, diese auch wohl ganz von der Weide verdrängt, — schon nach gemeinrechtlichen Grundsätzen angenommen werden müssen? In der That vertritt diese Ansicht u. A. der rühmlich bekannte Bearbeiter des S.-Weimarer Privatrechts, Thuiskon Friedrich Sachse, welcher, obschon weder auf ein ausdrückliches Gesetz, noch auf eine sonstige Autorität sich berufend, lehrt:[14]) ein Hütungsberechtigter in einer Mit- und Koppeltrift, welchem das Hutungsrecht für seine ganze Schäferei zustehe, dürfe regelmäßig zwar jede Gattung besonders,[15]) diese jedoch nur in einer Heerde hüten lassen, keineswegs aber, wäre es auch bei einer ungezählten Schäferei, die einzelnen Heerden ohne Einwilligung der übrigen Interessenten theilen, wenn er nicht dieses Recht besonders erlangt habe.

Stünde freilich im einzelnen Falle fest, daß der Weideberechtigte sein Vieh in nur einer Heerde treiben dürfe, so würde er meines Erachtens auch nicht einmal für befugt zu achten sein, verschiedene Haufen von Vieh ungleicher Gattung aufzustellen und einzeln auf die Weide zu bringen. Am wenigsten wird aber, — was nicht zu übersehen ist, — in allen gedenkbaren Fällen eines Zusammentreffens mehrerer Hütungsberechtigter auf einem und demselben Hutbezirke bei der Beantwortung unserer Frage von den nemlichen Grundsätzen ausgegangen werden dürfen, vielmehr dabei je nach Verschiedenheit dieser möglichen Fälle ein in mehrfacher Hinsicht abweichendes Resultat sich ergeben. — Hierüber Folgendes:

---

14) Im Handbuch d. Großherzogl. Sächs. Privatrechts, §. 306.

15) Zum Höchsten drei Schafvieh-Haufen zu treiben statuirt — freilich ziemlich willkührlich: — Sternickel, Allgem., auf Gesetz u. Recht gegründete Feldpolizei- u. Flur-Ordn. Weimar 1838 §. 72.

§. 3.

Als nicht hierher gehörig bleiben zuvörderst billig diejenigen Fälle hier zur Seite liegen, wo zwar eine Mehrzahl einzelner Weideviehhaltender auf dem nemlichen Reviere die Weide exerciren, jedoch nur ein Gesammt-Weiderecht vorhanden ist und keiner der Weideinteressenten sein Vieh durch einen besonderen Hirten auftreiben darf. Namentlich gilt dieß von der gemeinen Weide auf der ganzen Feldmark und von der gemeinen Weide auf eigentlichen Gemeindegründen, — der sog. öffentlichen Weide (jus compasculationis) wo: ob das Weidevieh in einem oder in mehreren, und in wie vielen Haufen auf die der Weide offenen Grundstücke zu führen sei, regelmäßig, insofern es sich von einer Gemeindesache handelt, lediglich davon, was durch rechtsbeständige Gemeindebeschlüsse, sollte aber nur die eine oder die andere eine besondere Korporation oder eine besondere Genossenschaft bildende Klasse von Ortsangehörigen zur Hut berechtigt sein, davon, was durch die verfassungsmäßigen Vertreter der Korporation, oder von den Genossen durch Stimmenmehrheit darüber beliebt wurde, abhängen wird. Eine Abzweigung Einzelner von der Gesammtheit der Weideinteressenten in der Art, daß sie es unternähmen, ihr Vieh durch einen besonderen Hirten auftreiben zu lassen, würden hier weder die übrigen Theilhaber an der gemeinen Weide, noch würde die hutpflichtige Gemeinde zu dulden brauchen; — die letztere schon deßhalb nicht, weil ein solches Gebahren die Anmaßung einer neuen servitutischen Berechtigung in sich schlösse[16]).

Zieht man hier aber auch nur die übrigen Fälle einer sogen. Koppelhütung in Betracht, so wird die Frage: ob die Theilung einer bei solch' einer Hutung betheiligten Heerde

---

[16]) Dieß dürfte wesentlich mit in Betracht zu ziehen gewesen sein in dem bei Seuffert, Archiv f. oberstrichterl. Entscheidungen Bd. XVI. Nr. 196 mitgetheilten vom Ob. Appell. Ger. zu Cassel abgeurtheilten Rechtsfalle.

zulässig sei, de regula bald verneint werden müssen, bald unbedenklich zu bejahen sein.

Mehreren Gütern, Gemeinden, Korporationen oder Genossenschaften kann das Hütungsrecht auf Grundstücken Dritter durch einen und denselben Rechtsakt bewilliget sein, so daß hiernach eine wahre Gemeinschaft des Hütungsrechtes vorliegt. Auch können mehrere Güter, Gemeinden u. s. w. die Servitut gegenseitig haben und die Weide, wenngleich, wie dieß bei der sogen. Koppelhut im engeren Sinne (jus compasculationis reciprocum) regelmäßig der Fall ist, mit getrennten Heerden gemeinschaftlich benutzen. Hier wie dort stehen dann den mehreren Berechtigten, der unter ihnen vorhandenen Rechtsgemeinschaft halber, wie in Absicht auf die Arten des Weideviehes, so in Absicht auf die Hütungstermine und sonst, im Zweifel gleiche Rechte[17] zu. Aus dem nemlichen Grunde darf hier nach gemeinem Recht allerdings keiner von ihnen sein, wenn auch unter besonderen Hirten, aufzutreibendes Weidevieh in mehreren Haufen zur Weide führen, als er deren von jeher getrieben hat, dafern nicht die übrigen ihre Zustimmung dazu ertheilen, oder eine besondere Befugniß dazu nachgewiesen werden kann. Der eine Berechtigte wird außerdem nicht einmal in der Art eine Neuerung des bisher bestehenden Verhältnisses durchsetzen können, daß er die verschiedenen Viehgattungen einzeln auftreibt. Denn rücksichtlich einseitiger Unternehmungen eines bei der Gemeinschaft Betheiligten prävalirt bekanntlich die Stimme dessen, der zeitig dawider sich erklärt[18], (melior est conditio prohibentis); und nur das würde sich vertheidigen lassen, daß einem Koppelhütungsberechtigten in dem hier unterstellten Sinne, theilt er ohne besonders erworbenes Befugniß dazu, seine Heerde, gegen den widersprechenden Mitberechtigten der Beweis

---

[17]) Hagemann, a. a. O. §. 302. a. E. Schweppe, Röm. Privatrecht, 4. Ausg. Bd. II. §. 287a.

[18]) L. 28. D. communi divid. 10,3. Glück, Erläuterung der Pandecten, Thl. XI. §. 789 S. 133. ff.

freibleiben müsse, daß sein Unternehmen für die Benutzung der Weide auf Seite des Letzteren ohne allen nachtheiligen Einfluß sei, da unter solcher Voraussetzung die obige Regel gesetzlicher Bestimmung gemäß[19]) bekanntlich einen Abfall erleidet. Eben so folgt aus der unterstellten Gleichheit der Rechte der Betheiligten, daß der eine von ihnen der von dem anderen unternommenen Heerden-Theilung auch dann vergebens einen Widerspruch entgegensetzt, wenn er unter gleichen Verhältnissen sein eigenes Weidevieh gleichmäßig in mehreren Heerden oder Haufen auf die gemeine Weide bringt. Aehnlich wird es sich verhalten im Falle der eine der Gesammtweide-Interessenten sein Vieh mit vor den Hirten des anderen zu treiben berechtigt und verbunden ist. Eigenmächtig darf der Hirtenstab-Berechtigte in der Regel sein Weidevieh nicht in Heerden oder Haufen zur Weide führen, von welchen das Weidevieh des Hirtenstabpflichtigen ausgeschlossen bliebe; es wäre denn, daß Letzterer nachweislich je nach den Umständen des einzelnen Falles überall nicht dadurch geschädigt würde[20]).

Möglich ist aber eine Konkurrenz mehrerer Weideberechtigter auf den Grundstücken eines Dritten auch ohne alle in Bezug auf die Gerechtsame selbst unter ihnen stattfindende Gemeinschaft, namentlich wenn die Weideservitut Jedem besonders constituirt, für jeden vielleicht durch einen anderen Rechtstitel erworben, jedem auch wohl unter anderen Bedingungen eingeräumt ist.

---

19) arg. L. 13. §. 1. D. de servitutib. praedior. urban. 8, 2. Schweppe, a. a. O. Bd. I. §. 159. Glück, a. a. O. §. 739 n. E.

20) S. Scholz III. in seinem jurist. Magazin, besonders f. d. Braunschweig. Lande, Bd. I. Heft 4 Nr. II. S. 19 f. Oder wenn, wie in einem Erkenntnisse des Ob.-Appell.-Gerichts zu Wolfenbüttel v. J. 1839 (bei Seuffert a. a. O. Bd. XVI. Nr. 197) angenommen wurde, eine nachgewiesene ökonomische Nothwendigkeit auf Seite des Hirtenstab-Berechtigten vorliegt.

Auch hier ist man gewohnt[21]) von einer Koppelhutung, und zwar von einem sogen. compascuum zu reden. Genauer betrachtet hat indeß der Fall wenig mehr als den Namen damit gemein. Besondere Rechtsgrundsätze, nach welchen Fälle dieser Art bezüglich unserer Frage zu beurtheilen wären, gibt es nicht. Insbesondere sind die Principien von der Rechtsgemeinschaft nicht anwendbar bei Rechten, die, wie diese, nicht mit einander, sondern blos neben einander entstanden sind und, wenn gleich an dem nemlichen Objecte, doch sonst völlig getrennt von einander bestehen. So wenig man in solch' einem Falle berechtigt sein würde, bis zum Nachweise des Gegentheils Befugnisse von gleicher Ausdehnung und von gleichem Umfange bei den verschiedenen Weideberechtigten anzunehmen, eben so wenig möchte sich ein Grund absehen lassen, aus welchem der eine dieser Weideberechtigten dem anderen in Absicht auf einen bestimmten, vom Gesetz nicht im Allgemeinen schon reprobirten Modus der Ausübung der Weidegerechtsame Vorschriften machen dürfte. Immerhin mag also der eine von ihnen sein bisher blos in einer Heerde getriebenes Weidevieh in mehrere Heerden spalten; — nimmermehr möchte für den dadurch sich benachtheiligt haltenden anderen aus seinem Konkurrenzverhältnisse ein Recht des Widerspruchs abfließen. Nur auf ein besonders erworbenes Verbietungsrecht gestützt, würde er mit seinem Widerspruche durchzudringen vermögen. „Neminem laedit" — würde ihm sonst entgegnet werden können — „qui suo jure utitur". Eine Gleichheit der Rechte für beide besteht hier nur insoweit, daß in der Regel jeder von ihnen das Weiderecht in den gesetzlichen Grenzen ausnutzen darf.

§. 4.

Noch kann endlich ein Zusammentreffen mehrerer Weideinteressenten auf dem nemlichen Bezirke, und zwar mit besonderen Heerden, vorkommen, wenn der Eine zufolge einer ihm

21) S. hierüber Eichhorn, Deutsch. Privatrecht, 2. Ausg. §. 179.

zustehenden Weide-Servitut, der Andere kraft des im Eigenthume an dem hutpflichtigen Areale begründeten Mithutungsrechte sein Vieh auf die hutbaren Grundstücke bringt; und hier ist es dann entweder der zur Mithut Berechtigte, oder der Herr der Servitut, welcher sein bisher in einer Heerde getriebenes Vieh gleichzeitig in mehreren Heerden oder Haufen aufzutreiben unternimmt.

Was nun die vom bloßen Mithutberechtigten unternommene Heerdentheilung anlangt, so ist hier in thesi jedenfalls der gemeinrechtlich wohlbegründete[22]) und auch von neueren Gesetzgebungen im Gebiete des Hut- und Triftrechts[23]) vielfältig mit an die Spitze gestellte Rechtssatz entscheidend, nach welchem der Hutleidende im Zweifel aller der vollen Benutzung der Servitut hinderlichen Einwirkungen und Unternehmungen sich zu enthalten hat. Gewiß wird also der Mithutberechtigte[24]) die Theilung, steht ihm nicht eine besonders erworbene Befugniß zur Seite, stets unterlassen müssen, wenn sie den Servitutberechtigten in der vollen Ausübung seines Weiderechts in der That beeinträchtiget. Auf das Nähere hierüber werden wir in dem folgenden §. zurückkommen.

---

[22]) L. 13. §. 1. D, de servitutib. praedior. rustic. 8, 3. L. 9. p D. si servit. vindic. 8, 5. Schweppe, a. a. O.

[23]) Allgem. Preuß. Land-R. a. a. O. §. 81. Oesterr. Allgem. bürgerl. Gesetzbuch, §. 501. Königl. Sächs. Mandat, die in Hütungssachen anzuwendenden Rechtsgrundsätze betr., v. 4. Oktober 1828 (in der Gesetzsammlung v. J. 1828 Nr. 25 S. 214 flg.) §. 28.

[24]) Gleichviel, es sei dieß ein einzelner Grundstücksbesitzer, oder die Gesammtheit der Genossen einer Flur. S. Seuffert, Beitrag zur Lehre vom Weiderecht. Würzburg. 1822 — (auch in Dessen Gesammelten rechtswissenschaftl. Abhandlungen. Erlangen, 1837. Nr. 1. S. 1.ff.) und Jahrbücher des Oberhofgerichts zu Mannheim, herausgegeben von v. Hohenhorst. 4r. Jahrg. Nr. XVIII. S. 226. S. indeß das Erkenntniß des Ob.-Appell.-Gerichts zu München v. J. 1846 in den Blättern f. Rechtsanwendung, herausgegeb. von Seuffert und Glück. Bd. XV. S. 123 ff., in dessen Gründen eine andere Ansicht vertreten wird.

Stellt dagegen der Servitutenherr anstatt der bisher getriebenen einen Heerde mehrere Heerden oder Haufen auf, so wird die Frage, ob der Eigenthümer des dienenden Gutes der ihm gebührenden Mithut halber zu widersprechen befugt sei, nur dann sich richtig beurtheilen lassen, wenn man die rechtliche Bedeutung des Mithutrechtes in seinem Verhältnisse zur Weide-Servitut gehörig auffaßt und im Auge behält.

Ueber die durch Verträge oder sonstige für die Betheiligten rechtsverbindliche Privatdispositionen, ingleichen über die durch rechtskräftige richterliche Entscheidungen bestimmten Grenzen hinaus dürfen selbstverständlich auch Hutungsgerechtigkeiten, gleich anderen Servituten, nicht ausgedehnt werden; wie denn auch bezüglich der durch Verjährung erworbenen Hutungsgerechtsames der Kreis der einzelnen Befugnisse des Dominanten bald enger, bald weiter sein kann, je nachdem der gehörig geeigenschaftete Besitzstand mehr oder minder weit sich erstreckt: „tantum praescriptum, quantum prossessum.“ Wo also der Vertrag, die Verleihung, das richterliche Urtheil, der verjährte Besitzstand ꝛc. über die eine oder die andere Modalität der Ausübung, insbesondere darüber, ob der Servitutberechtigte *etwa* blos mit einer oder mit wie vielen Heerden er hüten *dürfe*, klare Maße gibt, da bewendet es allenthalben unstreitig dabei.

Wo es dagegen an einer dergleichen besonderen Bestimmung fehlt, wird zwar für die Ausübung der Weideservitut im Allgemeinen die Regel wichtig, daß der Berechtigte schonend dabei zu Werke gehen müsse und den Servienten nicht verhindern dürfe, jeder mit dem dem Dominanten eingeräumten Befugnisse vereinbarlichen Vortheil aus dem dienenden Grundstück zu ziehen[25]). Mit Unrecht würde man daraus jedoch folgern, daß der Berechtigte im Zweifel auf den Modus des Exercitiums beschränkt sei, welcher dem Servienten in Hinsicht auf

[25]) Schweppe, a. a. O. §. 290. S. 180. Allgem. Preuß. Land-R. a. a. O. §. 80. Oesterreich. bürgerl. Gesetzb. §. 499.

den ihm gesetzlich gebührenden konkurrirenden Gebrauch der dienenden Sache zu dem nemlichen Zwecke, zu welchem die Servitut bestellt ist, den möglichst freien Spielraum gestatte. Kann ja doch von solch' einem Mitgebrauche, nach der Regel von dem Vorzuge des Berechtigten, überhaupt erst die Rede sein, wenn vorerst der Servitutenherr vollständig beiriedigt ist[26]. Was aber insbesondere das Recht der Mithut (jus compascendi) betrifft, so ist man jetzt über die gemeinrechtlich sekundäre Natur desselben und darüber wohl allgemein einverstanden, daß das Recht des Weideservitutberechtigten das stärkere ist[27]), — das Recht des Mithutberechtigten — wie ein bewährter Rechtslehrer[28]) sich ausdrückt — im Grunde nur den Rest der Weidebefugniß begreift, der nach Abzug dessen, was der Dominant in Anspruch zu nehmen hat, übrig bleibt. Wohl kann man also aus dem unbestrittenen Umfange einer bestimmten Weideservitut abnehmen, wie weit in dem einzelnen Falle das Recht der Mithut reiche: unzulässig, weil es unjuristisch wäre, würde es dagegen sein, dem Dominanten sind mehrere seiner Konvenienz zusagende oder minder entsprechende Formen der Ausübung denkbar, im Zweifel nur die Form der Ausübung der Weideservitut zuzugestehen, welche die Mithut am Meisten begünstigt. Vielmehr wird sich der in dem in der Note 23 angeführten Königl. Sächs. Mandate mit aufgestellte Satz, daß regelmäßig kein Hutleidender dem Hutungsberechtigten über die Eintheilung und Benutzung der Weide behindernde Vorschriften machen dürfe, als gemeinrechtlich feststehend ansehen, und behaupten lassen, daß der Hütungsberechtigte, auch wenn er die Mithut gestatten muß, hinsichtlich der Befugniß, sein Vieh beliebig in mehrere Heerden aufzutreiben,

---

26) Schweppe, a. a. O. §. 285. S. 167.

27) Münter, das Weiderecht §. 64 der neuen Ausg. Schweppe a. a. O. §. 290.

28) Seuffert, Civilist. Erörterungen. Nr. III. unter 4. S. 73.

regelmäßig eben so wenig beschränkt sei, als wenn ihm ein alleiniges und ausschließendes Weiderecht zusteht[29])

§. 5.

Wir sahen also — um das Ergebniß der bisherigen Erörterung noch einmal kurz zusammen zu fassen —: Dem, welcher Kraft Eigenthumsrechtes allein auf seinem Grundbesitze hütet, steht es in der Regel frei, sein Weidevieh beliebig in mehrere Heerden oder Haufen zu theilen. Das Nemliche gilt von jedem Weideservitutberechtigten, möge er mit anderen Servitutberechtigten auf dem Weidereviere zusammentreffen oder nicht, und auch dem zur Mithut berechtigten Eigner der hutpflichtigen Grundstücke gegenüber; ja selbst von dem einen Koppelhutberechtigten gegenüber dem andern, dafern nicht bezüglich des beiderseitigen Hütungsrechtes eine wirkliche Rechtsgemeinschaft vorliegt. Letzteren Falles darf, — widerspricht der andere der Theilung, — kein Koppelhutberechtigter sein bisher blos in einer Heerde getriebenes Weidevieh in mehreren Heerden auftreiben, es sei denn, daß dieser Andere seiner Seits eine gleiche Neuerung unternahm, oder daß er nachweislich durch die gegnerische Heerdentheilung in seinem Weidegenusse überall nicht geschmälert oder beeinträchtiget werde. Anders endlich auch bei dem bloßen Mithutberechtigten. Gleich jenem Koppelhütungsberechtigten darf auch er, wenn ihm nicht ein, z. B. durch Verjährung erworbenes, besonderes Befugniß dazu

---

29) Als nicht minder, aber auch nicht mehr denn der Mithutberechtigte beschränkt hierin erscheint der Servitutberechtigte, möglicherweise nach Landesgesetzen. So z. B. wohl nach dem S. Weimarer Hut- und Triftgesetz vom 8. April 1821 (im Reg.-Blatte auf d. J. 1821 Nr. 26 S. 567 flg.) §. 6., woselbst bestimmt ist, daß, wenn bei Mit- und Koppelhutungen der Eigenthümer des Grundstückes oder die Gemeinde des Ortes mit einem oder mit mehreren Triftberechtigten in der Ausübung des Hütungsrechtes zusammenkommen, säumtliche Berechtigte gleich starkes Recht haben.

zur Seite steht, eine Heerdentheilung nicht vornehmen; allein er darf es nur unter der Voraussetzung nicht, daß für den Servitutberechtigten aus der Spaltung der Heerde ein wirklicher Schaden erwächst.

Wohl haben Gesetz- und Gewohnheitsrecht mit Rücksicht darauf, daß einer Seits der Servitutleidende im Zweifel aller der vollen Benutzung der Dienstbarkeit hinderlichen Unternehmungen sich enthalten müsse, anderer Seits dagegen die Servitut blos auf die dem Servienten mindest nachtheilige Weise exercirt werden dürfe, im Gebiete des Weiderechtes manche Handlungen speciell als solche bezeichnet, die sich entweder allgemein oder doch in der Regel als nicht zulässige darstellen. Man denke z. B. an die keineswegs unbedingt nachgelassene Düngung hutpflichtiger Wiesen, an das in den Landesgesetzen häufig vorkommende Verbot, gewisse Vieharten, wie Schweine, Ziegen und Gänse, weil sie die Weide verderben würden, aufzutreiben, an die Ausschließung von der Waldweide, so lange das junge Holz dem Zahne des Viehes nicht entwachsen ist u. s. f. Hier fragt es sich dann im einzelnen Falle, wenn Streit deshalb entsteht, blos: ob die behauptete Gesetzesüberschreitung in der That vorliege oder nicht; ein besonderer Nachweis, daß für ihn ein Schade daraus entspringen kann, von Dem, der sich in seinem Rechte dadurch gekränkt erachtet, niemals hier verlangt werden.

Bei Handlungen und Unternehmungen hingegen, welche die Gesetze, wie wir bei der hier in Rede stehenden unterstellen, nicht absolut oder unmittelbar für unerlaubt erklärt haben, darf nicht übersehen werden, daß die Frage: wiefern sie als unrechtmäßige zu betrachten seien, nur zu dem einen Theile eine eigentliche Rechtsfrage ist, zu dem anderen Theile auf einer rein factischen Grundlage beruhet.

Hiernach kann denn insbesondere unsere Frage als quaestio juris nur so gestellt werden: ob die Koppelhutungsberechtigte und ob im Mithutungsberechtigte zum Nachtheil dort des anderen Koppelhütungsberechtigten, für des Servitut-

berechtigten seine Heerde spalten dürfe? Und mag nun gleich nach allgemeinen ökonomischen Erfahrungen Vieh in kleineren Haufen vortheilhafter gehütet werden können, als in einer größeren Heerde, weil Verdoppelung der Kraftanwendung, welche dem Beaufsichtigen und Umherführen des Viehes auf der Weidefläche gewidmet wird, auf reichlichere Konsumtion des Weidevorrathes hinwirkt[30]), so entscheidet dies hier doch um so weniger etwas, als der Vortheil, welcher aus der Heerdentheilung für den einen Weideberechtigten hervorgeht, für den anderen keinesweges immer einen Nachtheil mit Nothwendigkeit zur Folge hat. Ob und inwiefern im konkreten Falle der Weidegenuß des Andern in der That durch sie verkümmert oder beeinträchtiget werde, wird stets von verschiedenartig gestalteten Nebenumständen abhängen, namentlich von der größeren oder geringeren Zahl und Art des Viehes, welches der eine oder der andere Betheiligte treiben darf; davon, ob blos ein Weidemitberechtigter vorhanden ist, oder ob und wie viele noch andere Mitberechtigte Antheil an der Weide haben; ob dem Gegner Dessen, der seine Heerde theilt, oder diesem selbst etwa die Vorhut, oder blos die Nachhut zusteht, sowie insbesondere von dem Umfange und von der Ergiebigkeit des Weidebezirkes, von der Zahl, der Formation und der Größe der einzelnen hutpflichtigen Grundstücke u. s. w. Behauptet also ein seine Heerde spaltender Koppelhütungsberechtigter daß solches für den widersprechenden anderen unschädlich sei, so wird ihm obliegen, dieß speciell nachzuweisen; erblicht aber der Servitutberechtigte in der vom Mithutberechtigten unternommenen Heerdentheilung eine Beeinträchtigung seiner Rechte, so wird er den Nachtheil, welcher nach den obwaltenden besonderen Umständen aus der Theilung für ihn erwächst[31]), darzu-

---

[30]) v. Beneckendorf, Tractat v. der Schäfereigerechtigkeit S. 103 f.

[31]) Daß ein solcher in der Klageschrift des Servitutberechtigten behufs der erforderlichen Begründung der Klage angeführt und näher

thun pflichtig sein[32]), der Beweis aber hier wie dort kaum anders, als durch Zeugnisse von Sachverständigen, welche dabei alle einschlägigen Verhältnisse des vorliegenden einzelnen Falles zu erwägen und zu würdigen haben werden, zu erbringen sein.

---

dargelegt werden müsse, wurde im Wochenblatt f. merkwürdige Rechtsfälle, 8. Jahrgang 1848 Nr. 90 S. 338 f. und bei Emminghaus, Pandekten des gemeinen Sächs. Rechts S. 478 Nr. 20 wiedergegebenen Motiven zu einem Urtheile der Jur. Facultät zu Halle anerkannt.

[32]) Nach den obigen Grundsätzen entschied, anlangend die vom Mithutberechtigten unternommene Heerden-Theilung und die deshalb vom Servitutberechtigten erhobene Confessorienklage, das Ob. Appellat. Gericht zu Jena i. J. 1829 in dem in Seuffert's Archiv Bd. IV. Nr 14 mitgetheilten Erkenntnisse. Nicht ganz eben so konform damit wurde von dem nemlichen Tribunale in einem, ebendaselbst Bd. V. Nr. 113 mitgetheilten, Erkenntnisse angenommen, daß eine zur Mithut berechtigte Gemeinde, welche nachweislich seit länger als Menschengedenken nur eine Heerde aufgetrieben habe, diese nicht spalten dürfe. Es sey — sagte das Ob. Appell. Gericht — für den Trifftberechtigten nicht ohne Interesse, ob er neben sich die Konkurrenz mehrerer Heerden zu dulden habe, oder nur einer, indem das Letztere offenbar weniger schädlich auf seine Hutausübung einwirken werde. Damit, daß dieses Verhältniß unvordenkliche Zeit hindurch bestanden, habe dasselbe aber die Natur eines rechtlichen Zustandes angenommen, selbst wenn keine usucapio libertatis stattgefunden.

III.

Die in den rechtsrheinischen Provinzen des Großherzogthums Hessen bezüglich der Verbürgung der Frauen bestehende Gesetzgebung bedarf schleunigster Reform.

Von

W. Heinzerling.

„Es erben sich Gesetz und Rechte
Wie eine ew'ge Krankheit fort;
Sie schleppen von Geschlecht sich zu Geschlechte
Und rücken sacht von Ort zu Ort.
Vernunft wird Unsinn, Wohlthat, Plage;
Weh' Dir, daß Du ein Enkel bist!
Vom Rechte, das mit uns geboren ist,
Von dem ist leider! nie die Frage."

Während man in anderen Staaten die Bestimmungen des römischen Rechts bezüglich der Verbürgungen der Frauen überhaupt und insbesondere für Schulden ihrer Ehemänner resp. die darauf gestützten particulären Vorschriften aufgehoben oder doch sachgemäß modificirt hat, besteht in den rechtsrheinischen Provinzen des Großherzogthums Hessen forthin ein Zustand, dessen nun beinahe achtzigjährige Dauer sich wohl schwerlich anders, als durch die tiefe Wahrheit der an die Spitze unserer Besprechung gesetzten Göthe'schen Worte erklären läßt. Damit soll von vornherein keineswegs zugegeben werden, als drehe es sich bei den jetzt noch bestehenden und sogleich näher zu behandelnden gesetzlichen Normen über die Bürgschaften der Frauen um Vorschriften, welche ursprünglich eine „Wohlthat"

gewesen seien und nur erst im Laufe der Zeit diese Eigenschaft verloren hätten. Im Gegentheil darf man dreist behaupten, daß es sich hier gleich von Anfang an, mindestens was die formelle Durchführung des an sich vielleicht früher gerechtfertigten gesetzgeberischen Gedankens betrifft, um eine recht ordentliche „Plage", und zwar nicht blos der betheiligten Frauen und resp. deren Ehemänner, sondern auch der mit der Entgegennahme der Bürgschaften befaßten Beamten gehandelt habe, daß aber gleichwohl und trotz alledem nach dem Gesetze der Trägheit jene Bestimmungen ihre Kraft selbst für die Urenkel bewahrten. Sei dem indessen in diesem Punkte, wie ihm wolle, soviel steht unwandelbar fest, daß sie heutzutage dem Mephistophelischen Spruche verfallen sind, und daß sich derjenige ein Verdienst erwirbt, welcher in diesem Punkte gesetzliche Bestimmungen herbeizuführen bemüht ist, welche als „mit uns gebornes" Recht die Probe bestehen können.

Auf dieses Ziel hinzuwirken, ist der Zweck dieser kurzen Bemerkungen.

Die althessische Verordnung vom 2. März 1795, welche nachmals, soweit sie hier in Betracht kommt, durch Verordnung vom 25. März 1812 auch auf die Souveränitäts- und Entschädigungs-Lande ausgedehnt wurde, bestimmt bezüglich der Verbürgungen der Ehefrauen für ihre Ehemänner auf Grund der Authentica si qua mulier unter pos. 10 bis 13:

10) „Wann eine Frau für die Schulden ihres Mannes, es mögen solche Eheschulden oder andere besondere Schulden desselben sein, eine Verbindung durch Bürgschaft oder auf andere Weise übernimmt, so wird dieselbe dadurch anders nicht verbindlich, als wenn sie dabei zugleich auf die weibliche Rechtswohlthaten behörigen Verzicht leistet.

11) In Ansehung der Förmlichkeit einer solchen Verpflichtung der Frau für ihren Ehemann soll die ohnehin nur auf Vervielfältigung der Eidschwüre hinauslaufende eidliche Verzichtleistung der weiblichen Rechtswohlthaten, wenn solches auch durch bloßes Handgelöbniß geschehen wollte . . nicht mehr statthaben . . So dagegen:

12) der rechtsbeständige Verzicht einer Ehefrau auf die weiblichen Rechtswohlthaten ganz wesentlich voraussetzet, daß diese vorher von dem eigentlichen Inhalt derselben vollständig unterrichtet worden; und dann in eben dieser Absicht allschon in dem mittelst Unserer Fürstl. Verordnung vom 18. Juli 1776 in Unseren Landen allgemein eingeführten ständigen gedruckten Formular der auszufertigenden Obligationen und Pfandverschreibungen mit deutschen verständlichen Worten gesetzt ist:

„Daß eine auf die, dem weiblichen Geschlecht zu gut verordnete Rechtswohlthaten verziehene Ehefrau hiernach weder der römische Rathschluß, kraft dessen keine Weibsperson überhaupt vor jemand, noch die besondere Kaiserliche Verordnung, vermöge deren keine Ehefrau für ihren Mann sich mit Bestand Rechtens zu verbürgen vermag, noch auf das der Eheweiber Brautgab, Aussteuer und eingebrachten Vermögen vor andern der Ehemänner Gläubigern und Schulden gestattete Vorzugsrecht schützen oder schirmen solle;“

also soll auch der Richter

a. diese Stelle insbesondere der verzichtleistenden Ehefrau jedesmalen deutlich vorlesen, ihr solche noch näher erklären, auch sie von den Wirkungen, welche die jetzo geschehende Verzichtleistung nach sich ziehet, hinlänglich belehren, und, wann hierauf dieselbe wirklich sich dazu verstehet, alsdann der von Mann und Frau unterschriebenen Obligation die gewöhnliche Confirmation unter der Bemerkung:

„daß die Ehefrau der weiblichen Rechtswohlthaten, nachdem ihr deren Inhalt behörig vorgelesen und erkläret, sie auch von den Folgen der deßfallsigen Verzichtleistung genugsam belehrt worden, entsagt habe“,

mittelst seiner Unterschrift und des Amts-Siegels anhängen, solche auch außer der Frauen vorherigen Unterschrift unter der Obligation, von derselben noch besonders unterschreiben, oder falls sie Schreibens unerfahren, dieses durch drei Kreuze dar-

unter bemerken lassen, und daß solche von ihr selbst gemacht worden, abermals eigends attestiren. — Weil hiernächst

b. eine Ehefrau nicht immer in einer mit ihrem Ehemanne gemeinschaftlich ausgestellten Schuldverschreibung, sondern nach Umständen auch wohl in einer anderen oder besonderen Verschreibung für denselben intercediret und dessen Verbindlichkeit übernimmt, so ist auch in einer solchen Urkunde die Erklärung der weiblichen Rechtswohlthaten auf die vorhin gedachte Weise mit deutschen Worten auszudrücken, und es übrigens in diesem Falle mit dem Vorlesen, der sonstigen Belehrung, der wiederholten Unterschrift oder Unterzeichnung der entsagenden Frau und der Confirmation ebenso zu halten, wie in dem Fall sub a. in Ansehung der von einer Ehefrau in einer gemeinschaftlichen Obligation übernommenen Verpflichtung geordnet.

13) Blos einer solchergestalt eingerichteten förmlichen Verzichtleistung sind alle rechtliche Wirkungen beizulegen; hingegen werden alle andere, von Zeit der Verkündigung dieser Verordnung an, nach 4 Wochen errichtet, und sonsten nach so bündig eingerichteten Verzichtleistungen nicht nur für null und nichtig erkläret, sondern auch gegen den hierunter wider die Verordnung fehlenden Beamten die actio subsidiaria dem verkürzten Gläubiger vorbehalten."

In der Rechtsprechung haben diese Vorschriften eine sehr strenge Auslegung gefunden, indem Nr. 54 der gedruckten Oberappellationsgerichtspräjudicien unter pos. 1 ausspricht:

„Es genügt nicht, wenn die weiblichen Rechtswohlthaten der Ehefrau von dem Richter blos erklärt und, daß dies geschehen, attestirt worden ist, sondern der Richter muß auch die in § 12 der Verordnung vom 2. März 1795 vorgeschriebene Erklärungsformel der weiblichen Rechtswohlthaten der Ehefrau deutlich vorlesen und, daß solches geschehen, attestiren."

Allerdings ist sodann unter pos. 2 gesagt:

„Die von einer Ehefrau geschehene Verzichtleistung auf die weib-

lichen Rechtswohlthaten ist nicht deßwegen ungiltig, weil dieser Act nicht gerade mit denselben Worten, deren sich die Verordnung bedient, attestirt worden ist, sondern zu dieser Bescheinigung genügt eine jede andere Formel, sofern nur dadurch das Nämliche, wenn auch nicht den Worten, doch dem Sinn nach, beurkundet wird";

allein es liegt in der Natur der Sache, daß allen insofern etwa erdenkbaren Anständen am Sichersten durch Benutzung des Wortlautes der fraglichen Verordnung selbst vorgebeugt und daher gerade diesem Wortlaut der Vorzug vor einer anderen Bescheinigung eingeräumt wird.

In nothwendiger Consequenz hiervon sind denn die betreffenden Theile der Verordnung qu. wörtlich in die vorgedruckten Obligationsformulare aufgenommen, den schriftlich aufzunehmenden werden sie wörtlich einverleibt, und Tag für Tag sind die mit der freiwilligen Gerichtsbarkeit betrauten Richter damit befaßt, sie den Betheiligten vorzulesen und sodann den gesetzlichen Attest in der betreffenden Form beizufügen. Als Betheiligte erscheinen natürlich Frauen jeden Standes gebildet und ungebildet, arm oder reich, — denn auch die Vermögendsten können in die Lage kommen, eine Caution oder sonstige Bürgschaft für den Mann leisten zu müssen.

Wir fragen nun getrost jeden Unbefangenen, ob eine solche Formel, wie die im Gesetze über die weiblichen Rechtswohlthaten für den Context der Urkunde vorgeschriebene, für die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts passe?

Wenn man auch von der Geschmacklosigkeit des Ausdrucks „Weibsperson" absehen will, wie man ihn denn in den neuen gedruckten Formularien in „Frauenzimmer" umzuwandeln für gut befunden, obgleich damit der gesetzliche Wortlaut in allen übrigen Fällen nicht beseitigt ist und deßhalb noch unzähligemal angewendet wird, so kann sie schon wegen ihrer ganzen sonstigen Fassung unmöglich mehr aufrecht erhalten werden. Wir behaupten, daß die Fassung niemals — und selbst zur Zeit des Erlasses der Verordnung nicht — allge-

mein verständlich gewesen sei, indem hier die juristische Sprache von vornherein recht eigentlich dazu benutzt war, die Gedanken des Gesetzgebers zu verhüllen. Wäre sie aber wirklich einmal einem einfachen Menschenkind verständlich gewesen, so würde sie es jetzt absolut nicht mehr sein. Dem Nichtjuristen sind alle Sätze — um hier einen landläufigen Ausdruck zu gebrauchen — böhmische Dörfer, und selbst der Jurist, dem sie nicht, wie dem hessischen Practiker, von Haus aus geläufig sind, muß sich erst darin zurecht finden, denn wer versteht auf den ersten Blick, was unter dem „Römischen Rathschluß und Gesetz, kraft dessen keine Frauensperson überhaupt für Jemanden", ferner was unter der „besonderen Kaiserlichen Verordnung, vermöge deren keine Ehefrau für ihren Ehemann sich mit Bestand Rechtens zu verbürgen vermag", endlich was unter dem „der Ehefrauen Brautgabe, Aussteuer und Eingebrachten vor andern der Ehemänner Gläubigern und Schulden gestatteten Vorzugsrecht" zu verstehen sei. Erst allmälich begreift der Rechtskundige, daß es sich hier um das SCtum Vellejanum und um die Authentica si qua mulier, und zwar um eine Uebertragung ins Deutsche handle, welche für ihn jedenfalls unverständlicher ist, als die ihm geläufigen lateinischen Ausdrücke.

Es ist also klar, daß schon die Form, die Wortfassung des Gesetzes gebieterisch auf eine Reform hinweist und daß selbst wenn man die Beschränkungen der Frauen bezüglich der Bürgschaften ihrem materiellen Gehalt nach aufrecht erhalten zu müssen glaubte, die Materie in eine andere Form gegossen werden müßte. Dies allein müßte aber schon genügen, um die Reform in Fluß zu bringen.

Man wende hiergegen nicht ein, daß ja das Gesetz noch ausdrücklich dem Richter die Erklärung der rechtlichen Bedeutung der weiblichen Rechtswohlthaten und des Verzichts darauf auferlege, denn sobald man zugeben muß, daß diese Explication trotz des Contextes der Urkunde eine für das Verständniß nothwendige sei, gesteht man ja gerade das, was wir behaupten, unumwunden zu, will man aber die Sache so

fassen, als sei die Explication nicht gerade unbedingt nöthig, sondern sei nur noch vorsorglich neben den ohnehin verständlichen Context gesetzt, so würde es sich immerhin um ein superfluum — bestehe dieses nun in der wörtlichen Aufnahme des gesammten Inhalts des SCtum Vellejanum und der Authentica si qua mulier in die Urkunde, oder in der dem Richter auferlegten Explication — handeln, während Ueberflüssiges doch nirgends weniger, als gerade bei der richterlichen Thätigkeit gerechtfertigt sein würde. Ohnehin steht aber von vornherein fest, daß sofern man dem Richter eine Explication der weiblichen Rechtswohlthaten auferlegt, die gleichwohl angeordnete Aufnahme eines solchen Ballastes, wie ihn die Verordnung von 1795 zeigt, füglich in die von der Neuzeit so gründlich verurtheilte Kategorie des „Schreibwesens" zu verweisen ist, welches gerade hier um so verwerflicher erscheint, als Verbürgungen der Frauen an den Amtstagen der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Anstehen sofort aufgenommen zu werden pflegen, bei dem Zeitaufwand aber, welcher die Ausfertigung der Urkunde nach dem vorgeschriebenen weitschichtigen Formular erfordert, und zumal beim Andrängen mehrerer Frauen, der Richter vielfach in der Lage ist, die betreffenden Personen stundenlang warten zu lassen bis er oder das Actuariat die nöthigen Schriftlichkeiten besorgt hat. Die unter die Verbürgung zu setzende schwülstige richterliche Bescheinigung mit wiederholter Unterschriftseinholung der betreffenden Frau macht das Maß dieses Schreibwesens hierbei noch voll, und dem Richter, der nicht ganz in der Form aufgegangen ist, wird die Aufnahme solcher Urkunden, weil geisttödtend, zur förmlichen Pein.

Ueber die Art, wie solche Bürgschaften der Frauen, welche nicht für Schulden ihrer Ehemänner erfolgen, vorzunehmen sind, damit der Gläubiger vor der exceptio SCti Vellejani geschützt sei, enthält die Verordnung vom 2. März 1795 eine ausdrückliche Vorschrift nicht. In der Praxis pflegt man jedoch diese Verordnung insofern analog anzuwenden, als man auch in solchen Fällen den Inhalt des SCtum Velle-

sammen nach Maßgabe der Verordnung in den Context der Urkunde aufnimmt und hiernächst auch die Vorschrift des Vorlesens, der Explication, doppelten Unterschrift u. s. w. wahrt. Es wiederholt sich also auch hier der ganze oben getadelte formelle Apparat.

Es ist nun aber offenbar nicht allein der Formalismus der bestehenden Gesetzgebung, welcher eine Reform erheischt, sondern in beinahe noch höherem Maße ist es der materielle Gehalt derselben.

Es ist durch die juristischen Koryphäen der Neuzeit wissenschaftlich nachgewiesen, und bedarf hier nicht nochmals einer Begründung, daß die ursprünglich in gutem Sinne und mit gutem Grunde erlassenen römischen Vorschriften über die Verbürgungen der Frauen, selbst wenn sie, wie in Wahrheit nicht der Fall, jemals wahrhaft Boden im deutschen Rechtsbewußtsein erlangt haben sollten, doch jetzo sich überlebt haben, und daß namentlich, seitdem die Wechselfähigkeit der Frauen gesetzlich anerkannt und ihnen hierdurch thatsächlich die Möglichkeit gegeben ist, jedmögliche Intercession in der Form des Wechsels ohne richterliche Mitwirkung zu übernehmen, kein stichhaltiger Grund für ihr Fortbestehen mehr vorliegt. Der deutsche Juristentag hat dies anerkannt und — von andern Ländern ganz abgesehen — der größte deutsche Staat, Preußen, hat dementsprechend die betreffenden Beschränkungen der Frauen aufgehoben. Es ist für Hessen hohe Zeit, diesem Beispiel nachzufolgen, umsomehr, als Rheinhessen bekanntlich die fragl. römisch rechtlichen Vorschriften nicht kennt.

In der vorigen hessischen II. Kammer hatte der Abgeordnete Curtman einen diesfallsigen Antrag gestellt, der aber zur Berathung nicht kam. Möge das neue Gr. Ministerium der Justiz, bei dem künftigen Landtage mit einem hieraufzielenden Gesetzesentwurf aus eigener Initiative hervortreten*)!

*) Nachdem Verfasser inzwischen in den Landtag gewählt worden ist, hat er dort den Curtman'schen Antrag alsbald wieder aufgenommen.

Bemerkenswerthe Entscheidungen oberer Gerichte mit gedrängter Angabe der Entscheidungsgründe.

I. Actio communi dividundo bei nicht nach der Bodenfläsche getheilten Häusern.

Erscheint die Theilungsklage bei hinsichtlich der einzelnen Gelasse, jedoch nicht in der Art abgetheilten Häusern, daß jedem Theil der darunter liegende Grund und Boden als zusammenhängendes Ganzes zu beschieden ist, statthaft, oder hat eine solche, ohne Zubescheidung der correspondirenden Bodenfläsche, z. B. nach den einzelnen Stockwerken, reell durchgeführte Theilung, jener Klage gegenüber, rechtlichen Anspruch auf Fortbestand?

Mitgetheilt von Herrn Staatsanwaltssubstitut Haller in Michelstadt.

A. G. von K. erhob bei dem Landgericht H. auf Theilung einer ihm zu $^3/_8$, dem Beklagten G. U. zu $^3/_8$ und dem Beklagten H. E. zu $^2/_8$ (angeblich pro indiviso) gemeinschaftlich zustehenden Hofraithe auf dem Wege öffentlicher Versteigerung Klage. Der gleichzeitig beantragte Augenschein ergab, daß die im unteren Stocke befindlichen Räumlichkeiten rechts des Eingangs von A. G., die links desselben befindliche Räume von G. U. und die Räume im oberen Theile des Wohnhauses über denjenigen des ꝛc. G. von E. bewohnt wurden, daß ferner die vorhandenen Keller- und Speicherräume zur Benutzung der drei genannten Eigenthümer abgetheilt und jedem Theil zur gesonderten Benutzung überlassen waren. Im Uebrigen wurden Einfahrt, Hofraum, Eingang zum Wohnhaus und eine in die

oberen Räumlichkeiten führende Treppe als gemeinschaftlich dargestellt.

Das Landgericht H. wies, nach stattgehabten Verhandlungen, deren Inhalt, soweit erheblich, aus den später mitgetheilten höchstrichterlichen Referaten erhellt, die erhobene Klage wie angebracht ab.

Die gegen diese Entscheidung Seitens des Klägers ergriffene Appellation gründete sich darauf, daß die Klage nicht aufrecht erhalten und für liquid erkannt worden sei.

Der Referent an diesem Gerichtshofe erachtete diese Beschwerden für begründet, der Correferent dagegen für unbegründet. Bei der Abstimmung ergaben sich gleiche Stimmen, der ad tollenda paria hinzugezogene Votant trat aber dem Antrage des Correferenten bei und so wurde das landgerichtliche Urtheil, soweit es die Klage auf Theilung des Wohnhauses abwies, bestätigt *).

Gegen dieses Urtheil verfolgte der Kläger die Ober-Appellation.

Der Referent am höchsten Gerichtshofe beantragte, gleich dem Correferenten vor. J. Verwerfung dieser Beschwerde und trug im Wesentlichen Folgendes vor: „Er pflichte der Auffassung der vorderen Instanzen darin bei, daß es als feststehend und bezw. von Kläger zugestanden zu betrachten sei, die Miteigenthümer der Hofraithe hätten ihre Antheile an dem Wohnhause bereits reell abgetheilt und besäßen solche abgesondert. Denn das Augenscheinsprotokoll constatire einen solchen Zustand, und ihn habe der Kläger nicht nur in seiner Klage, sondern in der Wirklichkeit selbst in der späteren Verhandlung als bestehend anerkannt. Denn habe er denselben auch in der Replik als einen blos factischen, precären, bezeichnet, der ein Recht auf Fortdauer nicht zu gewähren vermöge, so sei er doch weit entfernt gewesen, irgendwo zu behaupten, daß die gegenseitigen Besitzverhältnisse beliebig revocabel und dem Wechsel unterworfen gewesen, sowie daß ein solcher Wechsel je einmal in den Personen der jetzigen Miteigenthümer der Hofraithe oder deren Rechtsvorgänger eingetreten wäre. Im Gegentheil ginge aus dem ganzen Sachverhalt mit genügender Gewißheit hervor, daß die der-

*) Zu unserm Bedauern verhindern uns räumliche Gründe, die von dem Herrn Einsender gleichfalls mitgetheilten Ausführungen zweiter Instanz zum Abdruck zu bringen. D. Red.

maligen Miteigenthümer auf Grund ihrer ideellen Antheile an der Hofraithe, mit wechselseitiger Connivenz, **bestimmte** Räumlichkeiten schon längere Zeit separat besessen, **dieselben** käuflich erworben und sich als deren Eigenthümer gerirt, resp. über sie selbstständig verfügt hätten. Nirgends wenigstens sei von Seiten des Klägers geltend gemacht worden, daß, als der Beklagte G. U. $^3/_8$ der Hofraithe im Jahre 1850 von G. R. erkauft und die darauf haftende Hypothek übernommen habe, und als in gleicher Weise der Beklagte H. E. im Jahre 1852 seine $^2/_8$ von den Eheleuten H. erworben habe, durch die betreffenden Rechtsgeschäfte **nicht** die fraglichen separirten Räumlichkeiten auf die neuen Erwerber übergegangen seien, und doch sei Kläger durch den Inhalt seiner protocollarischen Erklärung und die Art, wie sich die Beklagten vertheidigt hätten, casu quo, zu einer deßfallsigen Angabe veranlaßt gewesen, wie denn auch die concernenten Kaufakten zeigten, daß derselbe in seinen $^3/_8$ der Hofraithe die von ihm dermalen besessenen Wohnungsräumlichkeiten von seinen Eltern, die sich hierbei das Stübchen im oberen Stock für die Dauer ihres Lebens 2c. zur Wohnung vorbehalten hätten, überkommen habe. Mit Recht sei daher in den vorderen Instanzen nach dem ganzen Sachverhalte und auf Grund des Augenscheinsprotocolls angenommen worden, daß eine reelle Theilung des Wohnhauses in Bezug auf dessen Hauptbestandtheile (Stuben, Speicher, Keller 2c.) zwischen den Interessenten bereits stattgefunden hätte, und da eine solche Abtheilung ganz unbedenklich auch in Folge stillschweigender Uebereinkunft erfolgen könne, eine solche Uebereinkunft aber unter den concurrirenden Umständen ebenso als vorliegend zu unterstellen sei, wie der Umstand, daß bei der Theilung die ideellen Antheile der einzelnen Miteigenthümer an der Hofraithe in Berücksichtigung gezogen worden seien, so könne es sich nur fragen, ob die stattgehabte Theilung gegenüber der erhobenen actio communi dividundo auf Rechtsbestand Anspruch habe, die Klage zu elidiren geeignet sei?

Daß nun hier die Thatsache der Rechtsgültigkeit der Theilung nicht entgegenstehe, daß einzelne, zur Benutzung der abgesonderten Wohngelasse nothwendige Räumlichkeiten (Hausgänge, Treppen 2c.) gemeinschaftlich geblieben seien, sei in Gemäßheit des Ausspruchs des fr. 19 §. 2 D. X. 3 nicht bestritten und

auch von diesem obersten Gericht in ähnlichen Fällen anerkannt. (cfr. Rel. in S. Berle geg. Oppenheimer de 1862. — Seuffert Archiv Bd. VII. Nr. 176.) Von sehr erheblichem Gewichte sei dagegen der Einwand, daß in concreto den einzelnen Interessenten ihre abgesonderten Wohnungsantheile nicht als ein mit dem entsprechenden Grund und Boden zusammenhängendes Ganzes zugeschieden seien, daß eine verticale Scheidung des Hauses in drei selbstständige Theile nicht stattgefunden habe. Daß nach römischrechtlichen Grundsätzen das Gebäude mit dem Boden, auf welchem es stehe, ein unzertrennliches Ganzes bilde und daß demgemäß die Theilung eines Gebäudes nur mit dem betreffenden, darunter befindlichen Boden, eine Grundtheilung, rechtlich möglich sei, sei bekannt (cfr. Seuffert Archiv Bd. XVIII. Nr. 242 und die daselbst allegirten Gesetzesstellen und Rechtslehrer), und sei auch von dem Correferenten vor. J. und bezw. der Majorität des Collegs sich, den Bestimmungen des R. R. gegenüber, auf deutsche Rechtsanschauung und erfahrungsmäßig bestehendes Gewohnheitsrecht berufen worden, wonach auch die Theilung eines Hauses nach Stockwerken resp. ohne Cohärenz mit dem darunter liegenden Boden sich als rechtlich darstelle und vom Richter aufrecht erhalten werden müsse.

Es sei nicht zu läugnen, daß nicht selten Gebäulichkeiten zwischen verschiedenen Eigenthümern nach den unteren und oberen Räumlichkeiten getrennt seien, daß sich Stuben, Keller ꝛc. eines Hauses über und bezw. unter der area des Nachbarhauses befänden, die nicht den Eigenthümern des Letztern gehörten.

An sich werde man es auch nicht für rechtlich ausgeschlossen erachten können, daß ein mehreren Personen zustehendes Gebäude in seinen Hauptbestandtheilen, auch ohne den römischrechtlich gebotenen Zusammenhang mit Grund und Boden, auf dem Wege des Vertrags, dem Eigenthum nach resp. mit der Absicht der steten Fortdauer des Zustandes für die Zukunft zwischen den Interessenten reell abgeschieden werde, und sei ein durchschlagender Grund nicht erkennbar, warum ein derartiges vertragsmäßig geschaffenes Rechtsverhältniß nicht wenigstens unter den Contrahenten Wirksamkeit äußern sollte.

Zeige doch die l. 13 D. X. 3 (communi divid.): in judicium communi dividundo omnes res veniunt, nisi quid fuerit ex communi consensu exceptum nominatim, ne veniat —, daß selbst nach R. R. bei der Theilungsklage dem übereinstimmenden Willen der Betheiligten im Allgemeinen Einfluß eingeräumt worden, und in der That liege gewöhnlichen Rechtsbegriffen

Nichts näher, als daß, wenn zwei Personen, die ein Haus pro indiviso besäßen, sich vereinbarten, daß dasselbe in einer gewissen Weise für alle Zukunft zwischen ihnen abgeschieden sein solle, eine solche vollzogene Vereinbarung für das Rechtsverhältniß der Paciscenten unbedingt maßgebend sei. (Referent bezog sich zum Beleg seiner vorentwickelten Ansicht auf Seuffert Archiv Bd. XX. Nr. 32 S. 58, sowie die Relationen J. S. Werner Loßmann g. Enders u. Strecker und Gasteiner g. die Witwe Freund ed 64 und fuhr fort:)

Den seitherigen Ausführungen stehe s. E. auch die V. O. v. 9. Febr. 1811 und überhaupt unsere Particulargesetzgebung nicht entgegen. Die fragliche V. O. enthalte nur polizeiliche Vorschriften, die allerdings zur Anwendung zu kommen hätten, wenn die Theilung eines Gebäudes unter öffentlicher Autorität zum Vollzug gelangen solle, wenn die getrennten Theile allgemein, auch Dritten gegenüber, als selbstständige Objecte erscheinen sollten, nicht aber vermöchten sie den Eigenthümer hinsichtlich an sich erlaubter Dispositionen zu behindern, die zwischen ihnen Privatrechte erzeugten, und wie seither die streitenden Theile Jahre lang, ohne Störung der öffentlichen Ordnung, in ihren abgesonderten Wohnungsgelassen zusammen gelebt hätten, so werde dies täglich bei einiger Verträglichkeit auch fernerhin geschehen können. Daß unsere Gesetzgebung im Allgemeinen darauf bedacht sei, Gebäudetheilungen nur im Zusammenhange mit dem correspondirenden Grund und Boden zuzulassen und lediglich den mit obrigkeitlicher Erlaubniß in solcher Weise erfolgten allseitige Anerkennung ihrer Rechtsbeständigkeit zu gewähren, darauf wiesen allerdings die Instructionen für die Kreisräthe, für die Hülfsbeamten der Justiz, das Ausschreiben Gr. Ministeriums des Innern vom 25. September 1860 unzweideutig hin. Damit sei aber noch nicht gesagt, daß, wenn mehrere Eigenthümer eines Hauses dasselbe quoad dominium bezw. mit dem Willen, einen rechtlichen, fortwährenden Zustand zu begründen, jedoch nicht den Vorschriften des R. R. gemäß, reell unter sich abgetheilt hätten, denselben der richterliche Schutz solcher durch Vertrag erworbener Rechte einander gegenüber versagt werden müsse und sie sich der actio comm. divid. eines der Theilhaber zu unterwerfen hätten. An sich sei ein Uebereinkommen der bezeichneten Art nicht verboten, und dergleichen Rechtsverhältnisse hätten bestanden und bezw. beständen, wie aus dem eingezogenen Ministerialausschreiben selbst erhelle, in einzelnen Theilen des Landes in anerkannter Wirksamkeit,

und es sei ihm deshalb kein Grund ersichtlich, warum ein solcher im Wege des Vertrags geschaffener Zustand der Theilungsklage eines Mitcontrahenten gegenüber nicht sollte aufrecht erhalten werden können, wenn er auch gern zugebe, daß die betr. Personen im Verhältniß zu Dritten stets als Miteigenthümer pro indiocso zu betrachten und zu behandeln seien.

Dem entgegen führte der Correferent aus: Zwar habe man sich bei Beurtheilung von Fällen vorliegender Art wohl auf einen Widerstreit zwischen römisch- und deutsch-rechtlichen Anschauungen beziehen und den letzteren resp. den eigenthümlichen Gewohnheiten, mit Bezugnahme auf Bluntschli's deutsches Privatrecht (3. Aufl.) §. 57, den Vorzug vindiciren zu sollen geglaubt. Insbesondere habe das judicium a quo in seinen Entscheidungsgründen die deutschen Gewohnheitsnormen besonders betont. Indessen handle es sich seines Erachtens hier nicht von einem Vorzuge der deutschen vor römischen Rechtsnormen, sondern von einer genaueren Unterscheidung der verschiedenen Zwecke, welche mit einer Theilung verbunden sein könnten. Stünden nämlich Mehrere in einem Miteigenthumsverhältnisse, so könnten dieselben durch Theilung

1) ihr Miteigenthum an dem Gemeinschaftsobjecte völlig aufheben wollen. Alsdann könne dies bekanntlich dadurch geschehen, daß sie nicht das Gemeinschaftsobject selbst, sondern nur den, durch dessen Veräußerung erzielten Werth unter einander vertheilten. Sie könnten aber auch das Gemeinschaftsobject selbst theilen, sofern dieses juristisch theilbar sei, also sine interitu et sine damno (fr. 26 §. 2 D. de leg. I.) also dergestalt getheilt werden könne, daß die Theile ihrem Wesen nach dem Ganzen gleich blieben und ihr Werth keine erhebliche Minderung erleide. Das R. R. erachte unter dieser Voraussetzung auch ein Gebäude für theilbar. Da es jedoch von dem vernünftigen Satze ausgehe, daß omne, quod solo inaedificatur, solo cedit (fr. 7 §. 10 D. XLI. 1.) und demgemäß den Eigenthümer des Grund und Bodens auch als den Eigenthümer des darauf aufgeführten Gebäudes anerkenne, so erfordere es, in Consequenz hiermit, daß, wenn ein Gebäude getheilt werden solle, solches in der Weise geschehe, daß die Theile, in welche das Gebäude zerlegt werde, gleich diesem, wieder selbstständige Ganze bildeten, mithin wieder als Gebäude erschienen (ut pro duabus domibus accipi possit; fr. 6 §. 1 D. comm. praed. VIII. 4.) und der Theilungsinteressent, wie an einem Theile des Grundes und Bodens des zu theilenden Gebäudes, ebenso auch Eigenthum

an dem auf diesem Theile ruhenden Gebäude erlange. (v. Wächter im Arch. f. civ. Pr. Bd. XXVII. S. 178 vergl. mit S. 173, 174. Seuffert Arch. Bd. XVIII. Nr. 242 S. 381.)

Die Theilungsinteressenten könnten aber auch

2) durch die Theilung, ihr Miteigenthum selbst nicht, also auch ihre Rechtsgemeinschaft nicht völlig aufheben, sondern nur eine ungestörte Ausübung des in ihrem Miteigenthumsrechte enthaltenen Benutzungsrechtes erzielen wollen. Diesen Zweck könnten sie schon dadurch erreichen, daß sie unselbstständige Theile des Miteigenthumsobjectes, also im Falle solches in einem Gebäude von mehreren Stockwerken bestehe, die Stockwerke resp. Theile des Kellers oder Speichers u. s. w. sich zur ausschließlichen Benutzung überwiesen. Die Befugniß zu einer solchen Abtheilung stehe ihnen, kraft ihres Dispositionsrechtes über das Theilungsobject, unbezweifelt zu. Auch könnten sie einer also getroffenen Einrichtung, welche nur ein obligatorisches Rechtsverhältniß begründe, dadurch Dauer verleihen, daß sie für eine (absolut oder relativ) bestimmte Zeit, wie es ihrem bestimmten Bedürfnisse oder Interesse entspreche („quod etiam ipsius rei qualitati prodest“ fr. 14 §. 2 D. comm. divid. X. 3.) auch ihr Recht, die Aufhebung ihrer Rechtsgemeinschaft zu verlangen, verzichten, indem auch der singuläre Rechtsnachfolger des also verzichtenden Theilungsinteressenten an diesen Verzicht gebunden sei. (fr. 14 §. 3 D. eodem und fr. 16 §. 1 D. pro socio XVII. 2.)

Gehe man nun von vorstehenden Sätzen aus, so werde man auch die Bestimmungen des R. R. den Rechtsbedürfnissen entsprechend finden, dagegen in einer Theilung, wie solche aus dem gerichtlichen Augenscheinsprotocolle erhelle, nicht eine Theilung zum Zwecke der Aufhebung der Rechtsgemeinschaft erblicken können. Es sei hiernach nicht das Gemeinschaftsobject in einzelne Theile, welche, gleich diesem, wieder selbstständige Ganze bildeten, zerlegt, sondern es seien nur einzelne, und zwar unselbstständige innere Theile der Keller-, der Wohnungs-, der Speicherräume den einzelnen Interessenten, welche von diesen ausschließlich benutzt würden, überwiesen worden. Von einer Theilung der Hofraithe selbst, als Eines Ganzen, sei nichts wahrzunehmen, wohl aber eine Absonderung der Art zu ersehen, wie solche zum Zwecke ungestörter ausschließlicher Ausübung des Benutzungsrechtes dienlich sei. — Hierfür spreche auch der Umstand, daß eine Theilung der letztgedachten Art sehr wohl privatim unter den Theilungsinteressenten rechtlich möglich gewesen, während in

Betracht, daß die Theilung von Grund und Boden resp. von Gebäuden eine Immobiliarveräußerung involvire, eine Theilung zum Zwecke der Aufhebung der Rechtsgemeinschaft an der Hofraithe ohne alle gerichtliche Mitwirkung rechtlich nicht ausführbar gewesen, für eine gerichtliche Mitwirkung jedoch keine urkundlichen Belege beigebracht oder angeführt worden seien. Auch sei zu einer Theilung zum Zwecke der bloßen ausschließlichen Benutzung die Beobachtung des §. 15 der V. O. v. 9. Febr. 1811 nicht, wohl aber zu einer, die Aufhebung der Rechtsgemeinschaft bezweckenden Theilung erforderlich gewesen. Dazu komme, daß nach den vorliegenden Grundbuchsauszügen die Theilungsinteressenten nicht nach reellen, sondern nach ihren ideellen Antheilen an die fraglichen Hofraithen ingrossirt seien. Endlich könne man sich dagegen auch nicht mit dem judicium a quo darauf berufen, daß bei früheren Verkäufen und Verpfändungen der einzelnen Miteigenthümer hinsichtl. ihrer ideellen Antheile niemals einer der übrigen mitgewirkt, folglich Jeder der Miteigenthümer selbstständig über seinen Antheil verfügt habe. Denn es sei ja bekannten Rechtens, daß ein Miteigenthümer über seinen Antheil am Miteigenthum und zwar über seinen intellectuellen Antheil unabhängig von den übrigen Miteigenthümern in der Regel durch Veräußerung und resp. Verpfändung disponiren könne (c. 3. C. de com. rer. alienatione IV. 52; — fr. 7. §. 4 D. XX. 6; c. 1. C. si com. res pign. VIII. 21. Art. 9 Abs. 2 des Pfandrechtgesetzes vom 15. September 1858), und daß sich folglich aus einer solchen Veräußerung oder Verpfändung nicht auf eine vorausgegangene Realtheilung schließen lasse. Unter diesen obwaltenden Umständen, und da die Beklagten sich auf eine Uebereinkunft, wonach Kläger auf bestimmte Zeit auf sein Recht, Aufhebung der Gemeinschaft durch Theilung zu verlangen, verzichtet habe, nicht berufen hätten, im Uebrigen aber „manifestissimum est, pactum ne omnino divisio fiat, nullas vires habere (fr. 14. §. 2. D. comm. divid. X. 3; c. ult. C. comm. divid. III. 87.) könne er nur für Stattgebung der erhobenen Beschwerden stimmen.

Letzterem Antrage trat der höchste Gerichtshof bei und erließ demgemäß reformatorisches Erkenntniß.

Erk. des O.-A.-G's. in Darmstadt v. 2. März 1870 in S. des Adam Gieg v. Kirch-Brombach, Kl. 2c. g. Heinrich Eidenmüller II. u. Herz Ullmann v. da, Bekl. 2c. Gemeinschaft betr. (Jud. Nr. 15.)

II. Mittheilung über denselben Gegenstand.

Von W. Heinzerling.

Im Anschluß an die vorher mitgetheilte Entscheidung des höchsten Gerichts in Darmstadt scheint es von Interesse zu sein, wenn wir auf einen, gelegentlich jener Entscheidung nicht zur Sprache gekommen, aber den vorliegenden Stoff ausführlich behandelnden Aufsatz im Würtemberg'schen Archiv für Recht und Rechtsverwaltung, herausgegeben von Kübel und Sarwey, Bd. XII. S. 329—364 (1869), aufmerksam machen: Von der Theilbarkeit der Häuser nach Stockwerken und Gelassen von Obertribunalrath v. Krauß. Derselbe behandelt die Frage nach gemeinem und würtemberg'schen Recht, und es geht daraus hervor, daß das Obertribunal zu Stuttgardt ursprünglich*) der jetzt vom höchsten Gericht in Darmstadt adoptirten Ansicht beipflichtete, hiernächst aber bei wiederholter Prüfung in Pleno zu anderer Ansicht gelangte. Der Gedankengang des damals erstatteten Gutachtens ist im Wesentlichen folgender:

I. Vom Standpunkte des röm. Rechts unterliegen die früheren Entscheidungen des Obertribunals keinem Bedenken.

II. Eine andere Frage ist, ob die Grundsätze des röm. Rechts auf das vorliegende Rechtsverhältniß anwendbar sind und ob nicht in Hinsicht der Frage von der realen Theilbarkeit der Gebäude in Würtemberg besonderen, vom röm. Recht abweichende Grundsätze bestehen. Für das letztere sprechen so überzeugende Gründe, daß die jenen Entscheidungen des Obertribunals zu Grunde liegende entgegengesetzte Ansicht nicht festgehalten werden kann.

Daß in Betreff der Theilbarkeit der Gebäude ein Gegensatz zwischen römischen und deutschen Rechtsanschauungen sich findet

*) Man kann auf Grund der in Seuffert's Arch. Bd. VI Nr. 176 mitgetheilten Entscheidung des Obertribunals nicht behaupten, daß dieses Gericht um das Jahr 1853 schon einmal anderer Ansicht gewesen sei, denn in jenem Falle war ja die Klage ausdrücklich darauf gestützt, daß das Haus im Wesentlichen reell getheilt, und nur einzelne Theile, Eingang, Hausgang, Abtritt 2c., gemeinschaftlich geblieben seien, und wurde Aufhebung der Gemeinschaft nur in dieser letzteren Richtung (vergeblich) verlangt. — Vgl. auch dies. Arch. N. F. Bd. 8. S. 206.

und daß in manchen Gegenden Deutschlands Theilungen der Häuser nach Stockwerken oder Wohnungen, als reelle Theilungen, häufig vorkommen, wird von verschiedenen Rechtslehrern bezeugt: Bluntschli, Heimbach, Unger. In mehreren neueren Gesetzgebungen und Gesetzesentwürfen aber werden solche Theilungen der Häuser als zulässig erkannt: Privatrechtl. Gesetzbuch für den Kanton Zürich, Code civil Art. 553, 664, Entw. eines bürgerl. Gesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen, Entw. des bürgerl. Gesetzbuchs für das Königreich Bayern Art. 212. 213.

v. Wächter bemerke in seiner Abhandlung, das Superficiar- oder Platzrecht, in der Sammlung von Abhandlungen der Mitglieder der Leipziger Juristenfacultät Bd. I. (1868) S. 3—27, insbes. S. 29 gegen Bluntschli: „Wenn dessen Behauptung richtig wäre, so hätte das Institut des Platzrechtes (Superficiarrechtes) in Deutschland keinen Boden finden können, während es doch als ein durchaus practisches Institut anzuerkennen sei. Allein das, was Bluntschli behaupte, sei gewiß nicht gemeines deutsches Recht und sehr bedauerlich würde es sein, wenn irgend wo nach einem Particularrechte eine solche, allen Principien widersprechende und zur Verwirrung führende Spaltung bestände. Eine abstracte Schultheorie aber werde man die Theorie nicht nennen dürfen, welche das, was nach dem positiven Rechte im Leben bestehe, principiell zu begründen und den principlosen Spaltungen und der Verwirrung, zu denen sie führen müßten, entgegenzutreten suche." Daß aber eine solche den allgemeinen Rechtsbegriffen widerstreitende Spaltung des Eigenthums auch in Würtemberg Eingang gefunden habe, sei nachweisbar (folgt ausführliche Darlegung).

III. Ist der vorstehenden Ausführung zu Folge der Theilung des im Streit befangenen Hauses, obgleich sie in einer den Begriffen des römischen Rechts widerstreitenden Weise vorgenommen wurde, nach den in Würtemberg geltenden Grundsätzen die Wirkung einer Eigenthumstheilung beizulegen, so fehlt es der erhobenen Theilungsklage an der zu ihrer Begründung nothwendigen Voraussetzung, daß das Object, dessen Theilung (durch Verkauf und Vertheilung des Erlöses) verlangt wird, in ungetheiltem gemeinschaftlichem Eigenthum sei.

III. Verbesserung richterlicher Versehen bei Urtheilen.

Der Richter ist ein von ihm erlassenes Urtheil, wenigstens nach dem Publikationstag, in wesentlichen Punkten bezw. im decisiven Theil abzuändern oder zu verbessern nicht befugt. Erhellt jedoch aus den Acten resp. dem betreffenden Erkenntniß, das Gericht habe über einen gewissen Streitpunkt nicht entschieden, so ist eine nachträgliche Entscheidung durch das Gericht statthaft, und ebenso dürfen offenbare Schreibfehler oder diesen gleichzustellende Versehen ohne Anstand verbessert werden.

Mitgetheilt von W. Heinzerling.

An den höchsten Gerichtshof in Darmstadt ist im Laufe der Jahre mehrfach die Frage gelangt, inwiefern Versehen, die beim Urtheilserlaß unterlaufen sind, durch den erkennenden Richter selbst gehoben werden können. Es hat sich dadurch schließlich u. E. eine feste Praxis gebildet, welche in der Ueberschrift kurz referirt ist und zu deren Beurkundung wir nachstehend die einzelnen Rechtsfälle folgen lassen*).

1.

Dem Kläger lag der Beweis zweier abgesonderter Sätze ob, die er mit Urkunden und Zeugen, unter Vorbehalt der Eidesdelation, zu führen suchte. Das Gericht erster Instanz sah den *ganzen* Beweis als erbracht an und entschied demgemäß. Der Beklagte hielt sich hierdurch für beschwert, jedoch nur insoweit, als die Landgerichts-Entscheidung den Beweis der *einen* jener Sätze betraf. Die Fassung des am 1. Sept. 1845 in zweiter Instanz gefällten reformatorischen Erkenntnisses erklärte aber demungeachtet den *ganzen* Beweis für verfehlt, obgleich es unzweifelhaft die Absicht des Gerichts gewesen war und, zufolge der Appellationsbeschwerde, nur gewesen sein konnte, dieß blos in Ansehung des Beweispunktes zu thun, auf welchen allein letztere sich beschränkt hatte. Hiervon wurde bei der verfolgten Nullitätsquerel des Klägers eine Nichtigkeit abgeleitet, welche der höchste Gerichtshof auch begründet fand und, lediglich um derselben willen, die Entscheidung zweiter Instanz, soweit sie den erwähnten Beweispunkt zum Gegenstand hatte, aufhob, obgleich Gr. Hofgericht in dem die Acteneinsendung begleitenden Berichte

*) Vgl. hierzu Archiv f. d. civil. Praxis Bd. 52 (N. F. Bd. 2) S. 499 ꝛc.

die Fassung seines Urtheils als aus einem bei der Redaction untergelaufenen Versehen hervorgegangen bezeichnet und bemerkt hatte, daß dessen Berichtigung, seiner Meinung nach, nur durch ein Deklarationsgesuch hätte bewirkt werden können.

In der Begutachtung, zufolge welcher das Erkenntniß des h. Tribunals erging, hatte der Referent namentlich ausgeführt:

1) Die angef. Sentenz sei ihrer Wortfassung nach keineswegs dunkel, deßhalb aber weder dem Kläger, noch dem jud. a quo verstattet gewesen, die Beseitigung des bei ihrer Redaction untergelaufenen Versehens mittelst eines in zweiter Instanz angebrachten Erläuterungsgesuchs zu verlangen resp. herbeizuführen.

2) So wie die Sentenz vorliege, enthalte ihre Entscheidung, bezüglich des betreffenden Punkts, nicht nur eine Competenz-Ueberschreitung, sondern verstoße zugleich auch gegen einen in Rechtskraft getretenen Ausspruch, weil gegen das Landgerichtserkenntniß in der erwähnten Beziehung — was doch zur Begründung der hofgerichtlichen Competenz erforderlich gewesen wäre — keine Nationsbeschwerde erhoben, dieselbe sonach in tantum rechtskräftig geworden sei.

J. S. des Wilhelm Gorr jun. zu Münzenberg, Klgs., g. Ad. Maurer u. deff. Tochter 2c. das., Forderung betr., 1845.

2.

Kläger hatte den Beklagten bei dem Landgericht wegen zweier Posten von resp. 40 fl. 10 kr. und 61 Gulden, sammt Vorzugszinsen, belangt, Beklagter die ursprüngliche Richtigkeit der Forderungen nachgegeben, jedoch die Zahlungseinrede vorgeschützt und das Landgericht auf deren Beweis erkannt. Beklagter suchte letzteren durch Zeugen zu erbringen, wobei er sich in der Salvationsschrift die Eidesdelation vorbehielt. Durch Landgerichts-Urtheil v. 23. Nov. 1844 ward der Beweis für verfehlt erklärt und Beklagter, ohne Rücksicht auf den Vorbehalt der Eidesdelation, zur Zahlung schuldig erkannt, und zwar, was den zweiten Posten betraf, nicht im Betrag von 61 fl., sondern in Folge eines Rechnungsfehlers von 64 fl., sammt Vorzugszinsen und Kosten.

Hiergegen appellirte Beklagter, indem er zunächst und hauptsächlich beantragte, die sent. a qua, soweit sie ihm die Eidesdelation abgesprochen und ihn jetzt schon verurtheilt habe, aufzuheben, jedenfalls aber den zweiten Forderungsposten auf die richtige Summe von 61 fl. herabzusetzen.

Das Hofgericht beschloß in Uebereinstimmung mit seinem Referenten, beiden Anträgen Folge zu geben, und erhob den

hiernach in der Relation vorgeschlagenen Urtheilsentwurf ausdrücklich zum Conclusum des Collegs. Als jedoch das Urtheil zu den Acten concipirt wurde, blieb im Eingange die Stelle: „und 64 fl. nebst Zinsen vom 24. August 1843", hinweg, so daß die Entscheidung blos dahin lautete:

„daß das Erkenntniß Gr. Landgerichts L. vom 23. Nov. v. J., soweit solches den Beklagten schon jetzt zur Zahlung von 40 fl. 10 kr. nebst Zinsen vom 18. Mai 1843 (hier fehlt nun obiger Zusatz) verurtheilt, aufzuheben, dem Bekl. vorerst von der vorbehaltenen Eideszuschiebung bestimmten Gebrauch zu machen, freizulassen 2c. sei."

Kläger suchte die Berichtigung des Versehens vermittelst eines Deklarationsgesuchs herbeizuführen, das jedoch von dem Hofgericht durch Verf. vom 23. Aug. 1845 darum abgewiesen wurde, weil der bei der Redaction begangene Fehler die Omission eines wesentlichen Theils des Erkenntnisses enthalte, somit für einen im Wege der Deklaration zu emendirenden Schreibfehler nicht zu erachten sei. Der Kläger bat nun das Hofgericht, noch nachträglich über den ausgelassenen Punkt zu erkennen; auch dieß Gesuch ward aber als unbegründet am 2. Oct. 1845 abgewiesen „weil in dem Hofger.-Erkenntnisse über sämmtliche, zur Entscheidung des Gerichts gebrachten Punkte Urtheil erlassen worden sei."

Der Kläger focht die hofgerichtlichen Verfügungen vom 23. Aug. und 2. Oct. 1845 im Wege einer außergerichtlichen Beschwerde an, eventuell aber das Hofgerichts-Urtheil vom 26. Juni 1845 selbst vermittelst der Nullitätsquerel.

In dem O.-A.-Ger.-Urtheile vom 13. Mai 1846 wurden jedoch seine Recurse verworfen, und zwar zufolge eines, den übereinstimmenden Anträgen beider Referenten gemäßen, per majora gefaßten Collegialbeschlusses.

Bei seiner Begutachtung war der Referent unter andern von nachstehenden Erwägungen ausgegangen:

A. Bezüglich der gegen die Hofger.-Verf. vom 23. Aug. 1845 erhobenen außerger. Beschwerde:

1) Das bei der Urtheilsredaction stattgehabte Versehen bestehe nicht in einem Schreibfehler, sondern in einer Omission; die verlangte nachträgliche Aufnahme des ausgelassenen Satzes würde dem Erkenntnisse eine neue Bestimmung einverleiben, nicht aber der Sinn seines Textes eine nähere Erläuterung erhalten, was doch allein Zweck und Gegenstand eines Declarationsgesuches sein könne.

2) Das fragliche Urtheil sei aber auch vollkommen klar, indem es statuire:

der Bescheid des Landgerichts werde insoweit aufgehoben, als er den Beklagten schon jetzt zur Zahlung von 40 fl. 10 kr. verurtheile; dem Beklagten stehe vorerst der Gebrauch der Eidesdelation nach offen und das Landgericht habe demnächst das weiter Rechtliche zu verfügen resp. zu entscheiden, dabei werde aber schon jetzt der Posten von 64 fl. auf 61 fl. reducirt.

3) Ob es die Absicht des Hofgerichts gewesen, eine weitere, als die darin wirklich enthaltene Bestimmung in sein Urtheil aufzunehmen, ob dieß blos durch ein Versehen bei der Urtheilsaufnahme unterblieben sei, vermöge für die Statthaftigkeit der von dem Querulanten verlangten Declaration des Urtheils nichts zu entscheiden, weil nur die durch das Urtheil wirklich getroffene Bestimmung Gegenstand einer solchen sein könne ꝛc.

B. In Ansehung des die Verf. vom 2. Oct. betroffenen Extrajudicialrecurses:

1) Der Ausspruch des Hofgerichts-Urtheils sei gleichbedeutend mit dem, daß der ersten Beschwerde nur insoweit zu deferiren stehe, als sie, ohne Rücksicht auf die vorbehaltene Eidesdelation schon jetzt den Beklagten zur Zahlung des Klagpostens von 40 fl. 10 kr. verurtheile, daß es aber im Uebrigen bei dem Landger. Erkenntnisse belassen, der ersten Aationsbeschwerde in ihrer weiteren Richtung keine Folge gegeben werde.

2) Ohne Einfluß erscheine es, daß der ersten Beschwerde allerdings ihrem ganzen Umfange nach hätte stattgegeben werden sollen.

C. Soviel das event. gegen die Hofger.-Sentenz verfolgte Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde betraf:

1) Es involvire offenbar keinen Mangel an den wesentl. Bestandtheilen des Verfahrens, daß das Erkenntniß nicht dem Resultate der gepflogenen Berathung und dem darauf gefaßten Beschlusse gemäß concipirt, dennoch aber das Concept von dem Gericht gutgeheißen worden sei, weil das Concipiren der Beschlüsse keinen Bestandtheil des Verfahrens, im Sinne des Ges. vom 8. März 1815, bilde. Wäre aber auch das erwähnte Concipiren als ein solcher Bestandtheil zu betrachten, so würde dennoch in substrato die Annahme eines Mangels im Verfahren ausgeschlossen sein. Denn die Aufnahme des Urtheils habe stattgehabt, das Concept sei von den Gerichtsgliedern mit dem Zeichen ihrer Ge-

nehmigung versehen, dadurch zu dem wirklichen Beschluß erhoben worden.

2) Die angefochtene Sentenz könne auch nicht als für sich widersprechend angesehen werden, weil dieser Vorwurf nur solche Bestimmungen eines Urtheils treffe, die nicht nebeneinander bestehen könnten, ein Verhältniß, das hier nicht vorliege. Letzteres wurde näher ausgeführt, übrigens auch bemerkt, wie die zugleich behauptete Unverständlichkeit des Urtheils, wenn sie, was nicht der Fall sei, wirklich obwaltete, nach dem Gesetze vom 8. März 1815 keinen Nichtigkeitsgrund gewähren würde.

J. S. des Joh. Gündling zu Bürstadt, Bekl., gegen Emanuel Hochschild zu Biblis, Forderung betr., 1846.

3.

Beide Theile hatten gegen ein Erkenntniß des Landgerichts an das Hofgericht appellirt, welches auch am 2. Sept. 1846 über die Appellationen entschied, wobei jedoch die beschlossene, dem Kläger günstige Entscheidung hinsichtlich der zweiten Beschwerde desselben, und zwar, wie sich aus der Relation unzweifelhaft ergab, durch ein Versehen in die Redaction des Urtheils nicht aufgenommen, letztere vielmehr dahin abgefaßt worden war:

daß die Beschwerde des Klägers als unbegründet zu verwerfen sei.

Auf deßfallsige Anregung von Seiten des Klägers ergänzte das Hofgericht sein Urtheil nachträglich, indem es die erwähnte zweite Beschwerde für begründet erklärte 2c. und beharrte auf diesen Ausspruche, nachdem des Beklagten Anwalt die rechtliche Statthaftigkeit eines solchen Verfahrens bestritten hatte. Der Beklagte focht nun diese bezeichnete nachträgliche Urtheilsergänzung resp. das auf seine Remonstration am 7. Oct. 1846 ergangene Inhäsiv-Dekret, mit der Nichtigkeitsquerel, eventuell im Wege einer außergerichtlichen Beschwerde an.

Der höchste Gerichtshof erachtete nur das zuerst genannte Rechtsmittel, nicht aber die außergerichtliche Beschwerde für statthaft, weil das Hofgericht seinem nachträglichen Ausspruch vom 23. Sept. 1846 die Eigenschaft eines Erkenntnisses beigelegt habe, das Inhäsivdecret aber auf wechselseitige Verhandlung ergangen sei. In materialibus über die Nichtigkeitsbeschwerde erkennend, verwarf das O.-A.-G. am 16. Juni 1847 dieselbe (dem per majora, 4 Stimmen gegen 3, gefaßten Beschlusse gemäß) als unbegründet, indem es zugleich den Querulanten in die Kosten der Nullitäts-Instanz verurtheilte.

Zufolge der Beschlußnote war die Majorität des Collegs von der Ansicht ausgegangen:

das Hofgericht habe in seinem Urtheil vom 2. Sept. 1846 über die zweite klägerische Appellationsbeschwerde in der That nicht entschieden, deßhalb aber noch nachträglich erkennen dürfen.

Drei der zur Majorität gehörenden Votanten sprachen sich hierbei zugleich für die Ansicht aus, daß — selbst wenn die fragl. Beschwerde nach der Fassung des Urtheils vom 2. Sept. 1846 als verworfen betrachtet werden müßte — auch in diesem Falle, weil die Conclusionsnote jene Beschwerde augenfällig für begründet erkläre, das jud. a quo befugt gewesen sein würde, den Widerspruch zwischen dem wirklich beschlossenen und dem im Urtheilsentwurf aufgenommenen Erkenntnisse durch Erläuterung zu heben.

Der Referent hatte in seinem Gutachten Folgendes ausgeführt:

1) Nach den obwaltenden Verhältnissen müsse es als juristisch gewiß angesehen werden, daß die Entscheidung vom 2. Sept. 1846 ihrer vorliegenden Fassung gemäß, auf die ganze Appellation des Klägers zu beziehen sei, mithin eine Verwerfung beider Beschwerden des Letzteren involvire, weßhalb das an sich deutliche Erkenntniß keiner Erläuterung bedurft habe.

2) Das jud. a quo habe, wie ja seine Verf. vom 23. Sept. 1846 kund gebe, über die zweite Beschwerde wirklich entschieden und es sei nur die Aufnahme der Entscheidung in das Urtheil durch ein Redactionsversehen unterblieben. Ein derartiges Versehen aber könne nicht auf dem Wege der Declaration eines in sich klaren Erkenntnisses gehoben, in letzteres auf soche Weise etwas Neues eingebracht worden:

Gönner, Handb. Bd. III. Abh. LVII. §. 42 u. 43.

Danz, o. Proc. §. 451.

Entscheidungen des h. Tribunals in Sachen:

Gorr g. Maurer de 1846,

Gündling g. Hochschild de 1846.

3) Die Conclusionsnote erwähne der zweiten klägerischen Aationsbeschwerde nicht speciell, sie erkläre vielmehr, ohne alle Unterscheidung zwischen der ersten und zweiten, ganz allgemein die Aationsbeschwerde des Klägers für unbegründet und eben so generell laute das erlassene Urtheil.

Ergebe nun gleich der Inhalt der Hofgerichtlichen Relation, daß beide Referenten — und zwar gewiß mit Recht — dem

zweiten klägerischen gravamen hätten stattgeben wollen, hieße es gleich im Eingang der Conclusionsnote: „Nach Antrag des Hrn. Referenten", deute ferner die Art, wie die beigefügte Modification motivirt und über die Kosten der Aationsinstanz erkannt worden sei, daraufhin, daß es in der Absicht des Collegs gelegen, die ausgesprochene Verwerfung auf die erste kl. Beschwerde zu beschränken, so stehe diesem Allem doch der Wortlaut des die eigentliche Entscheidung ausdrückenden Theils des conclusi in einer Weise entgegen, daß sich hiernach, wenigstens nicht unwidersprechlich, behaupten lasse, in dem conclusum sei die zweite kl. Beschwerde positiv für begründet erklärt und nach dessen Inhalt die Möglichkeit völlig ausgeschlossen, daß auch diese Beschwerde habe verworfen werden sollen. Augenscheinlich sei das conclusum selbst nicht mit der erforderlichen Bestimmtheit aufgenommen. Wo dieß aber der Fall und das den Partieen bereits insinuirte Urtheil im Wesentlichen dem aufgezeichneten Beschlusse conform sei, da müsse es als der unabänderliche Ausdruck des wahren Willens des Collegs gelten, es könne nicht zur großen Gefährdung der Rechtssicherheit durch eine nachträgliche Erläuterung des Beschlusses selbst noch abgeändert werden. Der Referent gelangte demgemäß zu dem Resultat:

daß die Nichtigkeitsbeschwerde sich als wohl fundirt darstelle, daher die Hofger.-Verfügungen vom 23. Sept. und 7. Oct. 1846 wieder aufzuheben seien und es lediglich bei dem Erkenntnisse vom 8. Sept. 1846 sein Bewenden zu behalten habe,

und beantragte, hiernach sofort zu entscheiden.

In seiner Begutachtung hatte übrigens der Referent gründlich erörtert, „daß und warum er — wäre in der Conclusionsnote expressis verbis ausgesprochen, die zweite kl. Ationsbeschwerde sei begründet befunden worden — geneigt sein würde, sich der Meinung des jud. a quo anzuschließen: daß Letzteres insolange befugt gewesen sei, sein alsdann augenscheinlich unrichtiges, dem Collegialbeschlusse zuwiderlaufendes Erkenntniß auf Antrag des klagenden Theils einzuziehen und zu remediren, als der Beklagte durch Eintritt der Rechtskraft noch kein unwiderrufliches Recht daraus erlangt habe."

Der Correferent trat dem Antrage des Referenten bei, indem er bezüglich des zuletzt berührten Punktes, unter Hinweisung auf die Begutachtungen J. S. Gündling g. Hochschild und Gorr g. Maurer, bemerkte, wie seiner Ansicht nach, die Hofger.-Verf. vom 23. Sept. 1846, selbst bei der Unterstellung,

daß sie, was der Correferent glaube, mit dem conclusum im Einklang stehe, nicht aufrecht erhalten werden könne. — —

Aus dem Gutachten des Referenten seien noch folgende Ausführungen mitgetheilt:

„Wäre es hier in der Conclusionsnote expressis verbis ausgesprochen, daß die zweite Beschwerde des Klägers begründet befunden worden sei, so würde ich geneigt sein, mich der Meinung des judicii a quo anzuschließen, daß dasselbe in solange befugt gewesen sei, sein alsdann augenscheinlich unrichtig, dem Collegialbeschluß direct zuwider redigirtes Erkenntniß, auf den Antrag des klagenden Theils wieder einzuziehen und zu remediren, als der Beklagte durch die eingetretene Rechtskraft noch kein unwiderrufliches Recht darauf erlangt habe. Ich räume zwar ein, daß diese Ansicht sehr erheblichen Bedenken unterliegt und der beigelegte, in S. Gündling gegen Hochschild bei h. Tr. erstattete Vortrag zeigt, daß dieselbe wenigstens von den beiden Referenten (NB. Ob die Majorität des Collegs dem Antrage des Referenten auf Verwerfung der Nicht. B. mit Rücksicht auf die nebenstehende Ansicht desselben, oder aus dem weiter relevirten Grunde beitrat, weil ein bei Concipirung des Urtheils stattgehabtes Versehen nicht als ein Mangel in den wesentlichen Bestandtheilen des Verfahrens betrachtet werden könne, ist aus der Conclusionsnote nicht zu entnehmen) in dem mit dem concreten gleichen Falle nicht getheilt wurde, daß diese vielmehr das signirte Concept eines den Parteien bereits eröffneten Urtheils als das Urtheil selbst, als die den gefaßten Beschluß unabänderlich ausdrückende Urkunde ansahen. Allein mir scheint dasjenige nicht als ein Urtheil gelten zu können, von dem es durch die, über das Ergebniß der Abstimmung, sogleich beim Vortrage aufgenommene Conclusionsnote über allen Zweifel feststeht, daß es gegen den wirklichen Ausspruch des Collegs erlassen und von den einzelnen Mitgliedern desselben nur irrthümlich gezeichnet worden ist. Gesetzlich und der That nach kann doch nur das als der Wille eines mit der Ausübung der Jurisdiction beauftragten Collegs betrachtet werden, was von diesem, seiner organischen Einrichtung entsprechend, sei es per majora oder unanimiter wirklich beschlossen worden ist; dieser, bei Aburtheilung einer Rechtssache gefaßte Beschluß ist das wahre Erkenntniß, nicht das davon abweichende Urtheilsconcept. Letzteres soll — und offenbar zunächst im Interesse des Gerichts selbst — den gefaßten Beschluß nur sicher stellen, ihm einen urkundlichen Ausdruck verleihen. Es liefert daher

zwar den unumstößlichen Beweis desselben überall, wo dieser Beschluß, als solcher, nicht in gleich beweisender Art actenmäßig gemacht worden ist. Ist aber Letzteres geschehen, so muß, wenn nicht besondere Verhältnisse concurriren (ein nachträgliches Abgehen des Collegs von dem früheren Beschluß ꝛc.) bei vorliegendem Widerspruch des Inhalts des Urtheilsconcepts mit dem, in keiner Hinsicht zu beanstandenden Beschlusse selbst, Ersterer dem Letzteren weichen. Das Urtheilsconcept ist ja offenbar das referens, der Beschluß das relatum, und daß dieses jenem vorgeht, sobald unwiderleglich constirt, daß unrichtig referirt worden sei, kann wohl nach allgemeinen Rechtsprincipien nicht bestritten werden. Spezielle Gesetze aber, welche eine Ausnahme hiervon sanctionirten, sind mir nicht bekannt. Nirgends besteht, m. W., die Vorschrift, daß ein Justizcolleg ein augenscheinliches Versehen, welches ihm bei Ausfertigung und Eröffnung eines beschlossenen Urtheils in Bezug auf den dispositiven Theil desselben zur Last fällt, nicht verbessern, daß dasselbe eine Entscheidung nicht zurücknehmen könne, die es zwar als die seinige den Parthieen publicationis loco zugefertigt hat, von der es aber luce clarius nachzuzeigen vermag, daß sie nicht, sondern eine andere, hiervon verschiedene, concludirt und Erstere nur aus Irrthum hinausgegeben worden sei. Ein unter solchen Umständen ergangenes Erkenntniß ist m. E. solange ihm nicht der formelle Grund der Rechtskraft zur Seite steht, als ein eigentliches Erkenntniß im Rechtssinne nicht zu betrachten. Denn da es feststeht, daß es von dem Gerichtshofe nicht beschlossen, also sein Urtheil nicht ist, so könnte ihm diese Eigenschaft nur vindicirt werden: einmal mit Rücksicht auf das signirte Concept — und und zweitens: mit Rücksicht auf die den Parthieen geschehene Eröffnung. Nun ist aber das Concipiren des Urtheils und die Unterzeichnung desselben durch die betr. Collegialmitglieder m. E. eine außerwesentliche, rein formale, für den Geschäftsgang beliebte Einrichtung, aus welcher die streitenden Theile zunächst keine Rechte für sich abzuleiten vermögen. Es könnte m. E. ohne den Rechtsbestand des Verfahrens zu gefährden, ebensogut die Einrichtung bestehen, daß nach erstattetem Vortrage der Referent oder dabei gegenwärtige Secretär das, dem Colleg vorerst zu verlesende conclusum mit der Bemerkung, daß dies — die Verlesung — geschehen sei, in die Acten niederlege und daß alsdann hiernach ohne alle weitere Mitwirkung des Collegs, das Erkenntniß durch den Secretär entworfen und den Parthieen eröffnet werde. In einem solchen Falle könnte doch unmöglich

ein dem conclusum direct widerstreitendes Erkenntniß als unabänderlich gelten, und im Einklang hiermit steht es denn auch, daß ein Gerichtshof ein von ihm im Entwurfe bereits signirtes Urtheil wenigstens dann unbedingt wieder einziehen und resp. abändern kann, wenn es den Parthieen noch nicht publicirt ist. Was aber den letztere Act betrifft, so thut durch denselben der Gerichtshof diesen — den Parthieen — allerdings förmlich kund, wie er in der Sache entschieden habe; daß er aber, so lange die Parthieen noch keine unwiderruflichen Rechte auf diesen Spruch erworben haben, nicht solle sagen können, seine Kundgebung sei eine irrige gewesen, er habe in der Wirklichkeit nicht so, sondern ganz anders entschieden, und daß in einem solchen klar vorliegenden Falle das offenbar irrige Urtheil als das wahre bestehen bleiben und nicht vielmehr das in der That beschlossene an die Stelle des irrig erlassnen treten solle, für diesen Satz scheint es mir an der m. E. hier absolut erforderlichen, ausdrücklichen gesetzlichen Begründung zu fehlen. Die Gesetze sanctioniren nirgends speciell, daß die stattgehabte Urtheilspublikation eine solche Procedur verhindere, aus der allgemeinen Bestimmung aber, daß ein den Parthieen einmal eröffnetes Decisivdecret vom dem Richter nicht mehr abgeändert werden könne (vgl. fr. 55 D. 42. 1. fr. 62 D. eod. auch fr. 14 eod.), läßt sich eine solche Wirkung nicht deduciren, weil hierbei m. E. als vorausgesetzt zu unterstellen ist, daß das Decisivdecret auch rechtlich als ein von dem Gericht ausgegangenes zu betrachten sei, — eine Voraussetzung, die ich da als vorhanden nicht annehmen kann, wo klar constirt, daß das, was der Gerichtshof den Parthieen als seine Sentenz mitgetheilt hat, in der That gar nicht von ihm sententionirt worden ist. Wollte man von der entgegengesetzten Ansicht ausgehen und demgemäß an die den Parthieen geschehene Eröffnung des Erkenntnisses generell die Wirkung knüpfen, daß der Gerichtshof letzteres nunmehr unbedingt als das seinige anzuerkennen habe, solches unter keinen Umständen abändern dürfe, so müßte diese Wirkung consequenter Weise auch dann eintreten, wenn das betr. Erkenntniß mit dem signirten Concept in wesentlichen Theilen nicht übereinstimmen sollte. Giebt man aber, wie man es m. W. allgemein thut, zu, daß in einem solchen Falle die Mängel des insinuirten Urtheils sanirt werden können, so geht hieraus mit Nothwendigkeit hervor, daß die Eröffnung des Urtheils den Parthieen ein unantastbares Recht auf Beibehaltung desselben nicht gewährt, resp. daß das Gericht ein solches, publ. loco den Parthieen zugefer-

tigtes, materiell mit seiner eigentlichen Entscheidung nicht conformes Urtheil allerdings letzterer, der eigentlichen Entscheidung entsprechend, abzuändern befugt ist, wovon denn, da die eigentliche Entscheidung doch nur in dem Collegialbeschluß selbst enthalten ist, die weitere Folge nur die sein kann, daß eine gleiche Remedur stets erlaubt sein muß, so oft das ergangene Urtheil von dem ganz unbestreitbaren wirklichen Beschluß abweicht, also auch in dem Fall, wo zwar der tenor des signirten Urtheilsconcepts und des insinuirten Urtheils der nämliche ist, wo aber der Collegialbeschluß selbst anders lautet und wo zugleich offen am Tage liegt, daß diese Verschiedenheit auf einem reinen Redactionsfehler beruht. Ich glaube mich fest zu erinnern, entweder aus den decisiones Cassellanae oder aus den practischen Ausführungen Pfeiffers entnommen zu haben, daß die hier entwickelte Ansicht auch in der Rechtsprechung des O.-A.-Gs. zu Cassel adoptirt ist, und nicht minder soll dies bei dem höchsten Gerichte in München der Fall sein (M. B. Seuffert und Glück Blätter für Rechtsanwendung zunächst im K.-R.-Bayern, II. Bd. (1837) p. 212; VII. Bd. (1842) S. 336), wie mir solche denn auch die gesetzlich begründetere zu sein scheint. Hierbei setze ich jedoch als absolutes Erforderniß voraus, daß der Collegialbeschluß, gegen dessen Inhalt das Urtheilsconcept ausgefertigt ist, als solcher in sich ganz unzweideutig, auch auf gehörige Art zur Actengewißheit erhoben worden ist, und daß es ebenso unwiderleglich erhellt, die Abweichung im Urtheilsconcept beruhe auf einem Versehen bei der Redaction, wie dies alles z. B. in dem bereits angezogenen Falle Gründling g. Hochschild vorlag, denn besteht in der angedeuteten Beziehung irgend ein Bedenken, spricht sich namentlich das Conclusum über den betr. Punkt nicht völlig klar aus, läßt es vielmehr eine Deutung zu, wonach es mit dem Urtheilsconcept in Uebereinstimmung gebracht werden kann, dann gebührt letzterem der Vorzug, mag sich gleich aus dem erstatteten Vortrag in Verbindung mit der Conclusionsnote eine entgegengesetzte Intention des Collegs noch so klar ergeben, weil sich in einem derartigen Falle nur folgern, nicht aber positiv behaupten und mit den Acten belegen läßt, es sei gegen den Beschluß erkannt worden, unter solchen Verhältnissen aber die nächste und eigentliche Bestimmung des Urtheilsconcepts: den Collegialbeschluß actenmäßig zu machen und ins Leben einzuführen, zu Gunsten desselben entscheiden — den Ausschlag geben muß. Von diesen Gesichtspunkten aus den vorliegenden Fall beurtheilt, so läßt sich m. E. nicht sagen, daß das

Urtheilsconcept bezüglich der zweiten klägerschen Beschwerde in augenfälligen Widerspruch mit dem Collegialbeschluß stehe u. s. w.

J. S. des G. A. Fehl von Freiensteinau, Bekl., g. Salomon Frank von Oberseemen ꝛc. Forderung betr., 1847.

4.

Gegen das ihre Klage abweisende Erkenntniß des Landgerichts vom 7. Aug. 1840 hatte die Klägerin an das Hofgericht appellirt, der Referent in seiner Begutachtung über den Recurs ausführlich darlegt, daß die erhobene Klage allerdings begründet erscheine, und sich wörtlich dahin geäußert: „Ich halte dem Gesagten nach die Klage für begründet und kann nach dem petitum in dem Ationslibell dem Unterrichter nunmehr aufgegeben werden, in der Sache selbst zu entscheiden; sollte aber ein verehrl. Colleg vorziehen, diese Entscheidung selbst zu geben, so wird nunmehr auf Beweis zu erkennen sein. Da nach meinem Antrage reformirt wird, so hat Bekl. u. Ant die Kosten der Ations-Instanz zu tragen." Der Correferent erklärte sich mit dem primären und eventuellen Antrage des Referenten einverstanden, hinzufügend, daß letzterer Antrag, weil die Sache einfach sei, vielleicht den Vorzug verdienen möchte. Das Conclusum lautete: „Nach dem primären Antrag." Es lag somit ganz unzweifelhaft in der Absicht des Hofgerichts, den Bescheid des Landgerichts aufzuheben und letzteres anzuweisen nunmehr in der Sache selbst zu entscheiden, da der Referent primario hierfür gestimmt hatte. Statt dessen wurden (wie das Hofgericht ausdrücklich anerkannte) durch ein Versehen bei der Expedition (Redaction) am 5. Dez. 1840 die nachgesuchten A.-Processe, mit Vorurtheilung des Anten in die Kosten der Ationsinstanz, abgeschlagen.

Auf hiergegen von der Klägerin verfolgte Oberberufung entschied das h. Tribunal am 13. Nov. 1841, daß das Hofger. Erkenntniß vom 5. Dez. 1840 und das Erkenntniß des Landgerichts Z. vom 7. Aug. 1840 aufzuheben und dahin zu erkennen sei:

daß die erhobene Klage für zulässig zu erachten, sofort von dem Landgerichte Z. auf den Grund der gepflogenen Verhandlung weiter was Rechtens zu erkennen sei.

In der Begutachtung des Referenten ward unter Andern bemerkt:

„Es könnte vielleicht das Bedenken erhoben werden, ob überhaupt das Rechtsmittel der Ation veranlaßt gewesen sei, da

von dem jud. a quo selbst eingeräumt werde, daß in der Sitzung vom 5. Sept. 1840 das jetzt angefochtene Urtheil gar nicht beschlossen worden sei, vielmehr das bei den Acten liegende und den Partheien in Ausfertigung zugegangene nur auf einem Versehen in der Ausfertigung beruhe." Indessen hätte, wie Referent glaube, nur das Hofgericht darüber, ob dieses, auf einem Versehen beruhende Erkenntniß als wirkliches Erkenntniß angesehen werden solle, entscheiden können, und da nun das jud. a quo, nachdem seine Versuche, die Ausfertigung des Erkenntnisses von dem Anwalte des Beklagten wieder einzuziehen, ohne Erfolg geblieben, diese Ausfertigung keineswegs als nicht geschehen resp. als wirkungslos erklärt, vielmehr durch Bestimmung der Succumbenzgelder und Ausfertigung der Apostel ausgesprochen habe, daß es das auf einem Versehen beruhende Erkenntniß als solches erkenne; so habe auch das oberste Gericht keine Veranlassung, auf die eigenthümliche Entstehung des angef. Erkenntnisses Rücksicht zu nehmen, vielmehr lediglich zu prüfen, ob das Decisio desselben der Lage der Acten entspreche? Letzterer sei aber allerdings zu verneinen rc., indem das jud. a quo so hätte reformat. entscheiden sollen, wie von seinem Referenten beantragt gewesen sei." Auf die deßfallsige Ausführung stützte der Ref. den Antrag so zu erkennen, wie in dem oben erwähnten Urtheile vom 18. Nov. 1841 geschah.

Der Correferent hatte sich in der Hauptsache mit dem Antrage des Referenten einverstanden erklärt, war jedoch der Meinung, daß der Oberappellat nicht verbunden sei, die Kosten dritter Instanz zu tragen, weil er sonst für fremde Schuld (das Versehen des Hofgerichts) büßen würde. Die fragl. Kosten möchte daher der Oberappellant, salvo regresso contra quemcunque, den Aaten ausgenommen, zu tragen haben.

Das Colleg trat den Anträgen der Ref. bezüglich der Hauptsache bei. Hinsichtlich des Kostenpunktes waren majora der Ansicht, daß der oberappellatische Theil auch die Kosten dritter Instanz um so mehr zu tragen schuldig sei, als es gerade sein Anwalt gewesen, welcher die Remedur des beim Hofgerichte untergelaufenen Versehens verhindert und das dort erlassene Erkenntniß als ein solches anerkannt habe.

J. S. der Ehefrau des J. Kropp von Ober-Beerbach, Algrin, Antin und O.-Antin g. Adam Peter daselbst rc. Beleidigung betr., 1841.

5.

In derselben Sache wurde weiter gegen ein Hofger. Urtheil vom 16. Nov. 1844 die O.=Ation verfolgt, jedoch Abschlag der Processe beschlossen. In dem Concepte des deßfallsigen Dekrets stand irrthümlich „Urtheil vom 16. Nov. 1845", auch lautete die den Parthieen zugestellte Ausfertigung so. Das Tribunal lies, auf deßfallsige Anzeige des oaatischen Anwaltes, die Berichtigung des Versehens kurzer Hand per Decretum herbeiführen.

6.

In der Klage war angeführt: Der Beklagte habe dem Kläger am 26. Dezember 1855 folgenden Brief geschrieben: „. . benachrichtige ich Sie, daß ich gestern den 25. d. Herrn . . . eine Anweisung über 3000 fl. . . einen Monat a dato zahlbar auf Sie ausgestellt habe . . die Sie . . honorirn werden ꝛc." Hiernächst wurde dem Kläger zum Beweis aufgegeben, daß er im Auftrag des Beklagten eine . . Anweisung vom 26. Dezember 1835 . . . honorirt habe. Die Beklagte appellirte hiergegen an das höchste Gericht, indem statt des 26. Dez. der 25. hätte gesetzt werden sollen. In dem dort erstatteten Gutachten kommt insofern vor:

Ebensowenig kann aus fr. 1 §. 1 D. 49. 8. ein Grund gegen die Zulässigkeit der Appellation abgeleitet werden. Diese Stelle verordnet nämlich, daß ein in einem Erkenntniß vorgefallener Rechnungsirrthum nie rechtskräftig werden könne und es daher nicht nothwendig sei, hiergegen die Berufung an den höheren Richter zu ergreifen. Der darin angedeutete Grund dieses Gesetzes liegt darin, daß aus den Acten selbst dieser Rechtsirrthum ersichtlich sei. Wenn ich nun auch zugebe, daß diesem Fall derjenige ganz analog ist, in dem ganz offenbar gegen den Acteninhalt der Richter sich eines bloßen Schreibfehlers schuldig gemacht hat, und dieses hier nach den Ausführungen des appellantischen Contradictors klar vorliegt, was mich einer weiteren Ausführung über das sonstige Begründetsein der Beschwerde überhebt, so verbietet doch fr. cit. nicht die Ergreifung der Berufung, erachtet sie nur nicht für nothwendig, was ganz klar nicht nur aus dieser Gesetzesstelle, sondern auch den nachfolgenden in diesem Titel hervorgeht. Ja in einem anderen in diesem Titel vorkommenden Falle, nämlich in dem des fr. 1 §. ult. wird sogar der größeren Vorsicht halber zur Ergreifung des Rechtsmittels der Appellation gerathen. Außerdem muß ich für diese meine Ansicht noch anführen, daß, hätte es in der Absicht

des Gesetzgebers gelegen, hier die Berufung zu verbieten, das vorerwähnte fr. 1 §. 1 nicht in diesen Titel, sondern in den Titel de appell. recipiendis vel non (49. 5) gehört hätte.

Das Colleg concludirte am 31. Januar 1849 dahin: daß die fragliche Beschwerde als eine eigentliche Appellationsbeschwerde zu betrachten und daher auch Appellat einen entsprechenden Theil der Kosten der (auch noch andere Beschwerden betreffenden) Berufung zu tragen schuldig sei.

In S. des Oberfinanzraths Hertel in Darmstadt, nun dessen Concursmasse Bekl., Widerklägerin, Liquidatin und Appellantin g. Dietrich Reus zu Frankfurt a. M., Kl. 2c., 1849.

7.

Statt der vom 22. Dezember 1846 datirenden Klage war eine frühere, zwischen den Parteien längst rechtskräftig beseitigte Klage d. d. 27. Nov. 1846 abgewiesen worden. In höchster Instanz wurde dies als ein Schreibfehler, oder mindestens als ein einem solchen in seiner Wirkung gleichstehendes Versehen (ähnlich den Fall, wo bei Aufhebung eines mit Berufung angefochtenen Erkenntnisses das Datum des letzteren falsch angegeben sei) bezeichnet, welches vom judicium a quo hätte beseitigt werden können.

In S. Spät und Genossen v. Darmstadt, Kl. g. Heilgehilfen Bach sen. das., Bekl. Fordrg. betr., 1849.

8.

In der Relation des O.-A.-Gsreferenten hieß es: „Die Kosten dieser und der vorigen Instanz möchten dem Oberappellaten zu 3/4, dem O.-Aanten zu 1/4 zu überweisen sein“, während nach der Anzahl der abgewiesenen resp. gebilligten Beschwerden die Vertheilung gerade umgekehrt hätte sein sollen. Die Urtheilsausfertigung erfolgte in Gemäßheit des schriftlichen Antrags und wurde dieselbe auch insinuirt. Auf eine Eingabe des oberappellatischen Anwalts änderte das höchste Gericht aber die Vertheilung in der richtigen Weise durch folgenden Nachtrag:

Der die Kosten betreffende Antrag beruht auf einem auch in das Urtheil übergegangnen Schreibfehler, indem nicht dem O.-Appellaten (Kläger), sondern dem Oberappellanten (dem Beklagten) drei Viertheile, Ersterem nur ein Viertheil überwiesen werden sollten, wie daraus erhellt, daß das Verhältniß der sechs Punkte, bezüglich welcher Verwerfung der Beschwerden des Oberappellanten beantragt, zu denjenigen zwei Punkten, bezüglich deren der Antrag auf Stattgebung gestellt wurde, nicht = 1 : 3,

sondern gerade umgekehrt = 3:1 ist. Es wurde daher auf die Eingabe des oberappellatischen (klägerischen) Anwalts vom 9. l. M. Rectification des Urtheils in der hier fraglichen Beziehung beschlossen.

Darmstadt, den 11. November 1864.

In S. des Grn. Centralfiskus, Bekl., Aanten und Oberaanten g. Rentner und Gutsbesitzer Matthias Borgnis zu Frankfurt a. M., Kl. ꝛc. 1864.

(Schluß folgt.)

Literarische Umschau*).

Die Literatur über das österreichische Verfassungsrecht ist dürftig genug, um es zu rechtfertigen, wenn diesem Gebiete neuerdings mehr Berücksichtigung zu Theil wird. Schon vor Jahren haben angesehene Schriftsteller jene Dürftigkeit, unter scharfer Beleuchtung der Gründe, die sie veranlaßten, und die freilich nahe genug lagen, hervorgehoben, und doch wollte sich, selbst nach Beseitigung der jeden freien Meinungsausdruck über verfassungsrechtliche Verhältnisse reprimirenden Censur und nach Einzug frischeren Geisteslebens, Niemand finden, der den Ausbau jenes vernachlässigten Gebietes energisch und principiell in die Hand nahm. Wir irren nicht, indem wir die Ursache hiervon nicht zum geringsten Theile in den Schwierigkeiten, welche sich einer solchen Arbeit, beim Mangel gesichteten Materials und tüchtiger Vorarbeiten, entgegenstellen, suchen, und wenn es daher ein Schriftsteller unternimmt, eine kritische Universaluntersuchung über das historische Verfassungsrecht Oesterreichs anzustellen und zu publiciren, so bedarf die Verdienstlichkeit eines solchen Werkes sowenig, als die Schwierigkeit befriedigender Durchführung desselben, eines Wortes der Begründung. Dr. **Herbert Pernice** steht im Begriffe, uns ein solches zu liefern. Unter dem Titel **die Verfassungsrechte der im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder der Oesterreichisch-Ungarischen Monarchie** veröffentlicht er im Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses in Halle (Wien: bei Gerold u. Comp.) den Beginn seiner kritischen Untersuchungen über das historische Verfassungsrecht des fraglichen Gebietes und zwar liegt uns dermalen vor das erste

*) Leider im Druck verspätet. — Vgl. N. F. Bd. 8 S. 441.

Heft (SS. VIII. u. 184 in 8⁰) enthaltend, neben Vorwort (SS. VIII) und Einleitung (S. 1 — 9), des ersten Abschnittes „das Königreich Böhmen und die sog. incorporierten Lande, die Markgrafschaft Mähren und das Herzogthum Ober- und Niederschlesien" erstes Capitel „die Zugehörigkeit Böhmens zu Deutschland" (S. 9—184). Schon dieser Anfang läßt erkennen, daß die Arbeit, von welcher der Verfasser in der Vorrede selbst hervorhebt, daß sie jedes politischen Characters entbehre, auf breiter Grundlage angelegt ist und der Verfasser eine möglichste Erschöpfung des Gegenstandes erstrebt. Wird das Werk, welches, um die jeweilig beendigten Theile baldigst dem Publikum nutzbar zu machen und der Kritik zu unterstützenden Winken Gelegenheit zu geben, in Lieferungen erscheint, in der begonnenen Weise durchgeführt, so wird es nicht nur in den Gebieten des Landes, für welche es zunächst bestimmt ist, sondern weit über dessen Gränzen höchst willkommen sein.

Zunächst für einen viel kleineren Leserkreis, speziell in Preußen, bestimmt, darum aber keineswegs ohne allgemeines Interesse ist eine weitere rechtshistorische Erscheinung: **Das Sächsische und Magdeburgische Weichbildrecht**, nach einer Pergamenthandschrift einst der Stadt Orlamünda, jetzt zu Gotha, vom Jahre 1381; zum ersten Male herausgegeben, mit einem Glossar, von **A. Walther**, Leipzig, Friedrich Brandstetter, 1871, 8⁰. SS. X. u. 84. Der Herausgeber liefert uns hier einen sorgfältig revidirten, von der Verlagshandlung schön ausgestatteten Abdruck jenes bis dahin, wie schon der Titel sagt, noch nicht edirten Partikularrechts, und wenn diesem auch nur noch geringere Bedeutung für den Praktiker inne wohnt, so läßt sich demselben, neben dem Interesse, welches es für die deutsche Rechtsgeschichte und mitteldeutsche Sprachforschung bietet, auch kulturgeschichtliche Relevanz insofern nicht absprechen, als es, wie der Herausgeber sich ausdrückt, „reiche, tiefe und sichere Blicke in das Kleider-, Luxus-, Waffen- und Standeswesen, sowie in das Haus-, Hof-, öconomische, städtische und religiöse Leben der Thüringer im 14. Jahrhundert" gewährt. Der beigefügte Glossar erleichtert sehr das Verständniß für den im Mitteldeutschen nicht sicher Bewanderten.

Die Kriegsjahre 1870 und 1871 haben uns den Gedanken an die mit der Gefangenschaft verbundenen persönlichen Rechtsverhältnisse nahe gelegt. Vermuthlich liegt hierin der äußere Anstoß, daß uns Professor Dr. **August Bachmann** in Erlangen im Verlag von Andreas Deichert daselbst (1872) als Beitrag zur Dogmatik des römischen Rechts ein SS. 103 enthaltendes Schriftchen: **Das Jus postliminii und die lex**

Cornelia geliefert hat. Der Verfasser, indem er die rein antiquarische Seite des Gegenstandes, insbesondere das postliminium im Frieden von seiner Untersuchung ausschließt, und daher lediglich das postliminium im Kriege zum Ausgangspunkt nimmt, behandelt diesen, augenscheinlich wegen des nicht mehr vorhandenen practischen Interesses von der Wissenschaft nur stiefmütterlich berücksichtigten, aber gleichwohl dogmatisch lehrreichen Stoff und die damit in unmittelbarem Zusammenhang stehende lex Cornelia in gründlichster Weise und wird der Leser nicht ohne Belehrung dasselbe aus der Hand legen.

Das von uns bei der letzten Umschau erwähnte **Lehrbuch des Preußischen Privatrechts** von Dr. **Heinrich Dernburg** in Halle macht rasche Fortschritte. Es liegt uns bereits die zweite Abtheilung des ersten Bandes vor, behandelnd den allgemeinen Theil des Sachenrechts (Grundbuchverfassung und Agrargesetzgebung) und das Eigenthumsrecht. Wir werden dem Verfasser dankbar sein, wenn er in gleich rascher Weise die übrigen Bände folgen läßt.

Einen Theil des Stoffs, welchen der ebengenannte Verfasser gerade in der letzten Abtheilung behandelt hat und resp. in den nächsten Abtheilungen behandeln wird, finden wir, freilich in anderer Form und mit anderem Zwecke, bearbeitet in der Schrift des Kreisrichters **O. Philler: das** (preußische) **Gesetz über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbstständigen Gerechtigkeiten; die Grundbuch-Ordnung und das Stempel-Abgabe-Gesetz vom** 5. **Mai** 1872; mit einem Commentar auf Grund der Materialien, der Rechtsprechung des Obertribunals und der bisherigen Gerichtspraxis, sowie mit einem Anhang, enthaltend die übrigen, bei Bearbeitung der Grundbuchsachen unentbehrlichen Gesetze, welche noch Gültigkeit haben, und mit einem ausführlichen Sachregister. (Magdeburg Emil Baensch, 1872, SS. VIII. u. 151 in 8⁰.) Wenn Dernburg die Principien der betr. Gesetzgebung in großen Zügen uns vorführt, so findet der preußische Practiker in der letzteren Schrift Alles, was ihm zur unmittelbaren Anwendung der betr. gesetzlichen Bestimmungen und der damit zusammenhängenden reglementären Vorschriften nöthig und dienlich ist. Im Zusammenhang mit der ebenbemerkten Schrift mag hier gelegentlich noch auf eine schon 1870 erschienene und inzwischen von der Gesetzgebung überholte, darum aber keineswegs werthlos gewordene Brochüre hingewiesen werden: **Die Reform des Grundbuchsrecht. Kritik der preußischen Gesetzentwürfe über Grund-**

eigenthum und Hypothekenrecht, von Dr. **Karl Ziebarth** (Halle, Buchhandlung des Waisenhauses), weil die kritischen Bemerkungen des Verfassers, soweit die Gesetzentwürfe Abänderung nicht erlitten haben, immerhin ihren Werth behalten, im Uebrigen aber zur Entstehungsgeschichte der Gesetze von Interesse sind.

In die eben besprochene Materie des auf das Grundeigenthum bezüglichen Rechts schlägt auch die Schrift von Dr. **Albert Hermann Post** ein: **Das gemeine deutsche und hansestadtbremische Immobiliarrecht und Familienrecht** auf Grundlage der modernen Volkswirthschaft entworfen (Bremen, Hermann Gesenius, 1871, 8⁰ SS. 236). Es bildet dieselbe den dritten Band des „Entwurfs eines gemeinen deutschen und hansestadtbremischen Privatrechts auf Grundlage der modernen Volkswirthschaft", mit welchem der Verfasser dieses Werks aus Gründen ababschließt, die er in der Vorrede näher entwickelt und auf welche wir verweisen.

Das Ehehinderniß der Blutsverwandtschaft nach kanonischem Rechte ist der Titel eines bei der Schletter'schen Buchhandlung (H. Skutsch) in Breslau (1872) verlegten Brochürchens, in welchem der Verfasser Dr. **Hermann Eichhorn** auf SS. 35 eine „nicht zu gründliche und eingehende und eben deswegen übersichtliche Darstellung" des fraglichen Instituts „sammt einer versuchsweisen Erklärung und Aufhellung der mancherlei dunklen Punkte dieser Lehre und einer Zusammenfassung der wichtigsten Meinungen und Ansichten über dieselbe" zu geben beabsichtigt, und in diesem Sinne ist das Schriftchen auch befriedigend. Nebenbei ist dasselbe insofern von Bedeutung, als es uns in die Erinnerung ruft, wie die Päpste des Mittelalters, deren Erfolge in der hier fraglichen Richtung bekanntlich unter Alexander II. ihren Höhepunkt erreichten, gleichzeitig eine Erhöhung ihrer Macht neben reichlichen Dispensationsgeldern erstrebend, jenes Ehehinderniß auf Verwandtschaftsgrade ausdehnten, bei welchen ein innerer Grund schlechthin nicht mehr erfindlich ist, und uns weiter darauf hinweist, wie dringend die neuere Gesetzgebung veranlaßt ist, das jetzt immer noch, in freilich engerem Rahmen bestehende Eheverbot insoweit völlig aufzuheben, als die Gesetze bisher überhaupt die — nur eine kostspielige Form bildende — Dispensation gestatteten.

Gleichfalls auf dem Gebiete des kanonischen Rechts erwachsen ist eine Schrift von Dr. **Adolf Dedekind**, Assessor in Wolfenbüttel: **Das protestantische Ehescheidungsrecht und Verwandtes**, Zusammenstellung neuerer Entscheidungen der Braun-

schweigischen Obergerichte (Braunschweig bei Friedrich Wreden, 1872), auf welche wir das juristische Publikum besonders hinweisen. Aehnlich in der Anlage wie das bekannte, auf hessenkassel'schen Präjudicien fußende Strippelmann'sche Werk über das Ehescheidungsrecht überhaupt, behandelt das Buch (auf SS. 348, 8⁰) das protestantische Ehescheidungsrecht insbesondere. Bei sachgemäßer innerer Anordnung stellt der Verfasser in jedem §. die bis in die neuste Zeit erwachsene Literatur, sowie die Quintessenz der durch die Rechtsprechung der Braunschweigischen Obergerichte fixirten Rechtsprincipien in durchsichtiger Weise voran und läßt dann eine sehr reichhaltige, überall das betreffende Gebiet erschöpfende Sammlung der betreffenden Präjudicien mit Motiven folgen. Die in der von den betr. Gerichten selbst gewählten kurzen Form mitgetheilten Motive sind auch für den Nichtbraunschweiger von Interesse, weil sie fast überall auf gemeinrechtlichen Basis ruhen und an Tiefe der Beurtheilung nichts zu wünschen übrig lassen. Die Arbeit bildet zugleich, obgleich an sich ganz selbstständig, den ersten Band der vom Verfasser so betitelten „Braunschweigische Präjudicien", in welchen demnächst noch andere Stoffe (vor Allem das einheimische Bauernrecht) in ähnlicher Weise behandelt werden sollen.

Von **demselben Verfasser** liegt uns auch eine erbrechtliche Abhandlung aus gleichem Verlag vor: **Die Anerkennung ungiltiger letztwilliger Anordnungen** (SS. VI. u. 124). Wie uns das Vorwort belehrt, so hat Dedekind sich schon vor etwa zehn Jahren anläßlich eines Rechtsfalls mit dieser Materie beschäftigt und das Resultat in die Form einer Abhandlung gegossen, diese Abhandlung aber nicht veröffentlicht. Neuerdings ist er, veranlaßt durch zwei weitere Rechtsfälle, auf den Stoff wieder zurückgekommen und legt uns jetzt jene Abhandlung überarbeitet vor. Das nonum prematur in annum ist also gewahrt und auch am Inhalt der Schrift erkennbar. Was Francke (civ. Arch. Bd. 19) seiner Zeit in kurzen Strichen andeutete, finden wir hier, unter sorgfältiger Berücksichtigung der Quellenzeugnisse, monographisch näher begründet, erweitert, vervollständigt.

Eine andere erbrechtliche Schrift ist, obgleich zunächst nur für die freie Stadt Lübeck bestimmt, doch schon in verhältnißmäßig kurzer Zeit in einer zweiten (stark vermehrten und verbesserten) Auflage erscheinen: **Das Lübeckische Erbrecht nach dem Gesetze vom 10. Februar 1862, das Erbrecht der Eheleute und der Blutsfreunde, die letztwilligen Verfügungen, sowie**

die Erbgüter betreffend, von Dr. jur. C. Plitt in Lübeck. (Wismar, Rostock und Ludwigslust. Hinstorf'sche Hofbuchhandlung, 1872, SS. 168, 8⁰.) Dieser practische Commentar zu dem genannten Gesetze hat insofern ein über das Weichbild Lübeck's hinausreichendes Interesse, als das fragliche Gesetz mehr oder weniger nur eine Codification des einschlägigen, im Norden bekanntlich sehr weit verbreiteten Lübischen Rechts ist und daher überall, wo letzteres noch gilt, umsomehr willkommen sein muß, als er den Rechtszustand, auf welchem das neue Gesetz erwachsen ist, naturgemäß in den Kreis der (beiläufig bemerkt nach den Gesetzesartikeln geordneten) Behandlung zieht.

Von zwei uns aus demselben Verlag — Weidmann in Berlin — vorliegenden civilprozessualischen Erscheinungen greift die erste in die älteste Römerzeit zurück, während die andere recht eigentlich die brennendste Frage der Gegenwart berührt. Unter dem Titel der römische Civilproceß zur Zeit der Legisactionen bietet uns nämlich Professor O. Karlowa in Heidelberg eine nicht warm genug von uns zu empfehlende, für dieses Mal aber wegen mangelnden Raumes eingehender nicht zu behandelnde Darstellung des altrömischen Civilprocesses (1872, SS. VIII. u. 389 in 8⁰); das andere Schriftchen: Die wesentlichsten Aenderungen des revidirten Reichsproceß-Entwurfs, ein vielfach ergänzter Abdruck aus der Juristischen Wochenschrift, von unbekanntem Autor, (SS. 66), giebt uns dagegen eine übersichtliche Darstellung der Modificationen, welche der revidirte Reichsproceß-Entwurf an dem früheren Entwurf beliebt hatte. Die Zusammenstellung ist freilich jetzt durch den allerneusten Civilproceß-Entwurf überflügelt, wird aber immerhin für die Entwicklungsgeschichte der demnächstigen Gesetzgebung von Interesse bleiben. Eine ähnliche Arbeit in Rücksicht auf den neusten Entwurf wäre erwünscht.

Indem wir uns vorbehalten in der nächsten Umschau eine Reihe criminalrechtlichen Novitäten zu besprechen, für welche uns heute der Raum gebricht, wollen wir zum Schlusse nicht unterlassen, auf ein sehr denkenswerthes Unternehmen aufmerksam zu machen, welches der Serbe'schen Verlagshandlung in Leipzig sein Entstehen verdankt: Deutscher Juristenkalender. „Uebersicht des in den einzelnen Staaten des deutschen Reichs und in der österreichischen Monarchie geltenden Rechts mit vorzugsweiser Berücksichtigung der civilproceßrechtlichen Vorschriften, sowie des bestehenden Concurs- und Accord-Verfahrens in Handelssachen, unter Entwicklung des Organismus der Justiz- und Verwaltungs-

behörden und unter Beigabe eines Verzeichnisses sämmtlicher Staats- und Rechtsanwälte, Notare, bezügl. Gerichtsvollzieher im deutschen Reiche und Gesammt-Oesterreich", herausgegeben von **Hofrath Kleinschmidt** in Leipzig; SS. 299 in 4⁰. Der Titel verspricht viel, und es begreift sich, daß es für den Herausgeber und resp. die Verlagshandlung nicht leicht war, einem solchen Versprechen auch nur einigermaßen gerecht zu werden. Gleichwohl wird hier Alles geleistet, was man bei billiger Abwägung aller obwaltenden Schwierigkeiten nur erwarten konnte. Eine solche Ausführung konnte übrigens nur dadurch möglich werden, daß sich eine ganze Reihe von — auf dem Titel genannten — Anwälten aus den verschiedenen deutschen Particularstaaten mit dem Herausgeber vereinigte, um das angestrebte Ziel erreichbar zu machen. Jeder einzelne Staat ist von einem Angehörigen dieses Staates bearbeitet, ein Umstand, der zugleich die Zuverlässigkeit der einzelnen Arbeit, wie schließlich des Ganzen, immerhin wesentlich garantirt. Dem in der Natur der Sache gelegnen Mißstande, daß der in dem Werke dargestellte Rechts- und Personenstand beständiger Beweglichkeit unterworfen ist, wird durch Supplemente Seitens der Verlagshandlung abgeholfen, welche sie in dem, gleichfalls von ihr geschaffenen, zum Juristenkalender in enger Beziehung stehenden **„Deutschen Bureau-Kalender"** (pro 1873 SS. 68 in 4⁰) erscheinen läßt. Die beste Abhilfe wird freilich die sein, wenn das juristische Publikum dem Unternehmen in dem Maße die verdiente Betheiligung schenkt, daß alljährlich der ganze Juristen-Kalender in neuer und stets berichtigter Auflage erscheinen kann. Hzlg.

Briefkasten.

Beiträge, welche für das Archiv bestimmt sind, wolle man zur Vermeidung von Verzögerungen adressiren: An die Redaction des A. f. pr. R. W. zu Handen des Herrn Bezirksstrafrichters Heinzerling in Darmstadt. Annastraße 36.

Druckfehler-Anzeige.

Bd. VIII. S. 400, Z. 4 v. o. lies statt „dessen": von welchem.
S. 402, Z. 5 v. o. statt „Versäufers": Verkäufers.

IV.

Die in den Provinzen Starkenburg und Oberhessen geltenden Verschollenheitsrechte und die Nothwendigkeit einer einheitlichen sachgemäßen Reform *).

Von

W. Heinzerling.

„Es lebt ein anders denkendes Geschlecht."

Wer sich die Mühe nimmt, den Gesetzeszustand zu ergründen, wie er in Hessen bezüglich der Frage: „wann ein unbekannt wo Abwesender für todt zu erachten und resp. wann dessen Präsumtiverben provisorisch gegen Caution oder definitiv in dessen Vermögen einzuweisen seien?" dermalen besteht, der wird, ähnlich dem durch concrete Fälle auf diesen Punkt gerade hingewiesenen Practiker, sofort erkennen, daß es sich hier nm eine wunde Stelle brennendster Sorte unseres Rechtslebens

*) Das Archiv enthält bereits manches hier Einschlägige, namentlich Bd. III. S. 485: Beerbung eines Verschollenen. Derselbe gilt bis zu einem 70. Geburtstag für lebend; Bd. V. S. 224: Ueber das Civilproceßverfahren wider Abwesende. Von Emminghaus; N. F. Bd. II. S. 1 ff.: Giebt es ein gemeines deutsches Verschollenheitsrecht, insbesondere in Betreff der einem Abwesenden anfallenden Erbschaften. Von Dr. Northoff.

handle. Es ist bekannt, daß das Großherzogthum — von Rheinhessen, welches wir vorerst überhaupt außer Betracht lassen, abgesehen — in seinem dermaligen Bestand eine ganze Reihe von früher reichsunmittelbaren Territorien in sich vereinigt und daß es, da die Reichsunmittelbarkeit in ausgiebigster Weise zur Aufrichtung particularistischer Gesetzesnormen benutzt worden, zugleich aber die einzelnen Territorien ineinander und durcheinander geschoben waren, beim Mangel einer nivellirenden bürgerlichen Gesetzgebung noch heute ein Gesetzesmosaikbild buntester Farbe gewährt. Wir erwähnen hier nur, außer dem überall mindestens in subsidium platzgreiflichen gemeinen Rechte, des fortdauernden Nebeneinanderbestehens des Gräflich Katzenellenbogen'schen, Kurmainzischen, Kurpfälzischen, Gräflich Solms'schen und Gräflich Erbach'schen Landrechts, sowie des Wimpfner Stadtrechts, welches Nebeneinanderbestehen noch dadurch eine eigenthümliche Illustration erhält, daß oft in einem einzigen Landgerichtsbezirke nicht weniger, als vier bis fünf dieser Particularrechte dicht aneinander gedrängt zur Anwendung kommen. Das Mosaikbild im Großen wiederholt sich natürlich bei dem einzelnen Stoff im Kleinen und dies gilt denn auch gerade von der uns vorliegenden Frage, nur kommt hier noch hinzu, daß bei der totalen Verschiedenheit der einzelnen Rechtsnormen das Bild einen besonders verzerrten Anblick gewährt. Indem ich nun unsere Frage zum Gegenstande nachfolgender Behandlung mache, leitet mich eine doppelte Absicht, nämlich einestheils den Gesetzeszustand in den Provinzen Starkenburg und Oberhessen durch übersichtliche Zusammenfassung der in den einzelnen Territorien geltenden Rechtnormen überhaupt klar zu stellen, und sodann anderntheils an eben diesem Zustand nachzuweisen, daß er fernerhin unhaltbar und durch einheitliche sachgemäße gesetzliche Bestimmungen zu beseitigen und zu verbessern sei. In beiden Richtungen möge das Gesagte zugleich als Aufforderung und Rechtfertigung für einen an die zweite Kammer der Stände zu bringenden Antrag auf Erlaß eines Abwesenheits-

und resp. Verschollenheitsgesetzes für die Provinzen Starkenburg und Oberhessen angesehen werden.

Ich stelle zunächst den gegenwärtigen Gesetzeszustand fest (§. 1), begründe die Nothwendigkeit (§. 2) und die Vortheile einer Reform (§. 3), unter Beseitigung der etwa dagegen zu erhebenden Einwände (§. 4), untersuche, welche Gesetzgebung für die Provinzen Starkenburg und Oberhessen sich vorzugsweise eigne (§. 5), und schließe mit der Redaction eines an die Stände zu bringenden Antrags, wie er sich nach Inhalt und Form empfehlen möchte (§. 6).

§. 1.

Gegenwärtiger Gesetzeszustand.

Da, wie angedeutet, die Provinzen Starkenburg und Oberhessen in der hier fraglichen Richtung einer einheitlichen Gesetzgebung entbehren, so sind die betreffenden Rechtsnormen zunächst aus den einzelnen Landrechten resp. deren Ergänzungen, beim Mangel an solchen aus dem gemeinen Rechte zu entnehmen. Hiernach ergiebt sich aber folgendes Verhältniß:

I. Es gelten in den s. g. althessischen (Katzenellenbogen'schen) Landestheilen die althessischen Verordnungen vom 19. Februar 1774 und 13. Februar 1776.

In der älteren wird verordnet, daß das Vermögen eines 70 Jahre lang Abwesenden dessen nächsten Erben auf Ansuchen gegen Caution, welche sich nur auf das Kapital erstrecken, auch nicht über 20 Jahre andauern solle, zu verabfolgen sei. Die andere Verordnung erläutert die erstere dahin, daß diese von einer 70 Jahre alten Person zu verstehen sei, welche geraume Zeit (was nach den Umständen zu ermessen) abwesend, ohne daß von deren Aufenthalt oder hinterlassnen Kindern etwas bekannt sei. Nach einem Präjudiz des O.-A.-G's., Sammlung Nr. 19 pos. 2, wird nach den allegirten Verordnungen der Tod eines Verschollenen mit dem Ablauf des siebenzigsten Lebensjahrs desselben angenommen, und es tritt von diesem

Zeitpunkt an die Succession der Verwandten desselben in dessen Vermögen ein.

II. In den ehemals **Kurmainzischen Orten** das Kurfürstlich Mainzische Landrecht Titel XIV. §. 11.

Danach soll, wenn Jemand 25 Jahre lang abwesend gewesen ist, ohne daß man in diesen 25 Jahren von ihm etwas vernommen hat, den nächsten Erben dessen Vermögen nach vorheriger Inventarisation verabfolgt werden, wobei dem für todt Geachteten oder dessen rechten Erben, wenn etwa solche sich anmelden sollten, die liegenden Güter bis zum fünfzigsten Jahre ausdrücklich verpfändet sein, für die Mobilien aber die Erben ein gerichtliches Unterpfand geben oder solche versilbert, die Erlöse auf gerichtliches Unterpfand ausgeliehen und den Erben nur die Zinsen bis zum fünfzigsten Jahre gelassen werden sollen. Nach dem fünfzigsten Jahre soll den Erben die Erbschaft mit vollem Rechte gehören, vorher aber der Abwesende oder dessen Erben annoch vindiciren können, ausgenommen den gehabten Genuß, welchen die besitzenden Erben, wenn sie in gutem Glauben waren, nicht zurückzugeben haben. — Das oben erwähnte O.-A.-G's.-Präjudiz Nr. 19 pos. 1. legt diese Bestimmung dahin aus, daß der Tod eines fünfzig Jahre lang ohne Nachricht Abwesenden gesetzlich vermuthet werde und dessen Vermögen an die nach Verlauf dieser Zeit unter Beobachtung der gesetzlichen Erfordernisse darum nachsuchenden Verwandten erblich übergehe, wenn sich nicht der Abwesende bis zum Verlauf des fünfzigsten Jahres der Abwesenheit einfinden, oder dessen rechte Leibes- oder Testamentserben solches in Anspruch nehmen sollten.

III. In den vormals **Kurpfälzischen Distrikten** fünf **Pfälzische Verordnungen**:

1) Die Verordnung vom 15. November 1774 bestimmt, daß bei sich ergebendem Sterbfall die abwesenden nächsten Erben öffentlich vorgeladen, nach fruchtlosem Ablauf der Fristen den anwesenden Erben das jenen angefallene Erbtheil gegen Caution verabfolgt werden, das Eigenthum der Erbschaft aber erst nach

dreißig Jahren, oder nach dem siebenzigsten Lebensjahr des Abwesenden verlangt, hierauf nach vergeblicher nochmaliger Edictalladung und nach geleistetem Eid, von des Abwesenden oder der Erben desselben Leben und Aufenthalt nichts zu wissen, auch nicht nähere Nachricht darüber erhalten zu können, die Bürgschaft aufgehoben und gedachten Anverwandten das Vermögen zu vollem Eigenthum zuerkannt werden solle.

2) Die Verordnung vom 10. November 1784. Darin wird die unter 1. erwähnte Verordnung dahin ergänzt, daß wenn der Abwesende noch nicht siebenzig Jahre alt, also der Tod noch nicht mit Grund zu muthmaßen, eine Curatel anzuordnen sei; im Fall aber der Abwesende das siebenzigste Jahr erreicht, es bei jener Verordnung sein Bewenden habe, und die Verlassenschaft den Erben, jedoch nur gegen Caution, dieselbe im etwaigen Zurückkehrungsfalle zu erstatten, zu verabfolgen sei; daß in diesem Falle ein Inventar zu errichten, die Vertheilung unter die zur Zeit der Erklärung des Abwesenden für todt zur Erbfolge Berufenen vorzunehmen und ihnen das Eigenthum nur bedingt und widerruflich heimzuweisen sei; im Falle der Zurückkunft aber nur die Früchte, welche noch nicht verbraucht, sondern noch vorhanden, wieder abzutreten seien.

3) Die Verordnung vom 16. Juli 1799, wodurch die unter 2. angeführte erläuternde Verordnung aufgehoben, dagegen die unter 1. erwähnte als Normativ mit dem Anfügen bestätigt wurde, daß wenn das Vermögen des Abwesenden dessen nächsten Anverwandten als volles Eigenthum zu überlassen, eine Sicherheitsleistung weiter nicht geeignet sei, vielmehr das Eigenthum endlich einmal gesichert sein müsse, daß nach dem siebenzigsten Lebensjahr des Abwesenden dessen Tod vermuthet werde, bis dahin dessen Eigenthum nicht übergehe, die Anwendung der gemeinen Rechte auf die Erbfolge dem Richteramt zu überlassen und deßfalls so wenig, als wegen der percipirten Früchte, ein Anstand obwalte.

4) Die Verordnung vom 12. Dezember 1800. Diese bestimmt, daß die Caution erst nach 30 Jahren (von der Groß-

jährigkeit des Abwesenden berechnet) oder wenn der Abwesende während dieser 30 Jahre das siebenzigste Lebensjahr zurückgelegt habe, aufhören; daß hierauf der Besitzer das volle Eigenthum und freie Disposition über das Vermögen und dessen Erträgnisse erhalten, dem etwa sich meldenden Abwesenden aber nicht mehr, als jeder andere redliche Besitzer nach gemeinen Rechten verantwortlich sein; ferner daß das Recht des Abwesenden oder seiner Erben binnen 20 Jahren nach zurückgelegtem siebenzigsten Lebensjahre, bezw. von der Großjährigkeit der minderjährigen Erben des Abwesenden anfangend, verjähren solle.

5) Die Verordnung vom 9. Juli 1802, wonach das Vermögen Abwesender nicht mittelst vorläufiger Edictalladung an die sich darum meldenden Anverwandten verabfolgt werden dürfe, sondern zuvor die Ursache der Abwesenheit näher verlässigt werden solle.

IV. In den meisten Orten des Landgerichtsbezirks Wimpfen das Wimpfner Stadtrecht Thl. V §. 21—23.

Es wird nach demselben das Vermögen eines Abwesenden, von dem ungewiß ist, ob er noch lebt, seinen zur Zeit der Entfernung nächsten Verwandten oder etwaigen Testamentserben gegen Caution, dem Abwesenden sein Vermögen nebst inmittelst daraus erhobener Nutzung zuzustellen, zur Administration, bis der Abwesende 70 Jahre alt ist, übergeben. Wenn der Abwesende nicht wiederkommt, das 70. Lebensjahr zurückgelegt hat und trotz Edictalladung ꝛc. von seinem Aufenthalt, Leben oder Tod nichts zu erfahren ist, so wird er für todt gehalten und dessen Verlassenschaft seinen gedachten Erben ohne fernere Caution erb- und eigenthümlich überlassen. Das Vermögen soll den Verwandten des Abwesenden, welche zur Zeit, als der Abwesende wegging, ihm die nächsten gewesen sind, verbleiben, es würde denn bewiesen, wann der Abwesende gestorben sei.

V. In dem Condominat Kürnbach wärtemberg'sches Recht.

VI. In allen übrigen Landestheilen, insbesondere den früher Erbach'schen und Solms'schen Orten gemeines Recht. Dieses enthält zwar keine hierher einschlägige ausdrückliche Bestimmung doch nimmt die Praxis an, daß die Todesvermuthung eines Verschollenen mit der Vollendung des 70. Lebensjahres eintrete, Todeserklärung durch den Richter vorbehalten [1]).

Aus der vorstehenden Zusammenstellung erhellt, daß in den rechtsrheinischen Provinzen allein nicht weniger als sechs verschiedenartige Gesetzesnormen in Kraft und Uebung sind, und daß diese Normen nicht etwa nur in Nebenpunkten, sondern geradezu in der Cardinalfrage: „ob Rücksichtnahme auf das Lebensalter allein, oder auf die Zeitdauer der Abwesenheit allein, oder auf Beides in zweckmäßiger Combination?" — aufs Erheblichste differiren.

Als Ergänzung des eben dargestellten gesetzlichen Zustandes müssen übrigens noch zwei durch die Rechtsprechung des höchsten Gerichts fixirte, für die Rechtsverhältnisse der Abwesenden sehr erhebliche Grundsätze erwähnt werden, nämlich:

1) daß ein Abwesender bis zu seiner nach den oben bemerkten Grundsätzen zu beurtheilenden Todeserklärung präsumtiv (also ohne besonderen Beweis) für lebend gilt, woraus dann die Nothwendigkeit einer cura absentis folgt, sobald dem Abwesenden Vermögen zufällt resp. eine Erbschaft deferirt wird; vgl. dies. Arch. Bd. III. S. 435;

2) daß jedoch der curator absentis nicht legitimirt ist, eine dem Abwesenden deferirte Erbschaft anzutreten, vielmehr durch die Anordnung einer solchen cura dem Rechte der durch die Concurrenz eines Abwesenden in ihrem Erbrechte beschränkten Miterben nicht präjudicirt wird, eine Erklärung über An-

[1]) Die Spezialgesetze über die Todeserklärung der in den Feldzügen von 1806 bis 1813, von 1866 und 1870 u. 71 gefallenen Offiziere, Unteroffiziere und Soldaten bleiben hier außer Betracht.

tretung oder Ausschlagung der Erbschaft zu verlangen, folgeweise aber der Richter in einem solchen Falle verpflichtet ist, auf Antrag der Interessenten, den Abwesenden unter dem Präjudize des Verzichts auf sein Erbrecht durch öffentliche Ladung zu dieser Erklärung aufzufordern und, nach fruchtlosem Ablaufe dieses Termins, die Erbschaft den allein sich gemeldet habenden Erben zu überlassen; vgl. Nr. 153 der gedr. Präjudicien; Grundsätze, die übrigens bei sui heredes (welche ipso jure erben) keine Anwendung leiden; vgl. das eben alleg. Präjudiz [2]).

§. 2.
Nothwendigkeit der Reform.

Wenn ich nach den Darlegungen des vorigen § behaupte, daß eine neue Legislation diesem Zustande ein Ende bereiten müsse, so rechtfertigt sich diese Behauptung eigentlich schon durch das Dargelegte von selbst, denn es begreift sich vor Allem, daß das, was sich auf Grund zerstreuter Gesetzesvorschriften oben zusammengestellt findet, kaum dem hessischen Juristen von Fach, geschweige dem Laien geläufig sein kann, und daß es ein wahres Unrecht enthält, dem Bürger die Kunde resp. Erforschung solcher theilweise kaum zugänglicher Normen zuzumuthen. Sodann ist aber klar, daß eine Ungleichheit, die sogar soweit geht, daß bei Bestimmung der Verschollenheit von ganz heterogenen Grundprincipien ausgegangen wird, schon an sich höchst mißständig und verwerflich, dies im vorliegenden Falle aber umsomehr erscheint, als die Verschiedenheit der Rechtsnormen vielfach auf dem engsten territorialen Gebiete zum Ausdruck und der Bevölkerung zum Bewußtsein gelangt. Es kommt weiter noch hinzu, daß es sich hier gerade um Normen handelt, bei welchen eine solche Verschiedenheit am wenigsten stattfinden sollte, nämlich um Normen mehr oder

[2]) Und hierzu Ausschreiben des Hofgerichts Darmstadt v. 22. Dez. 1847 Nr. 22 der Sammlung.

weniger internationalen Characters. Die vielfachen Beziehungen, welche unser engeres Vaterland mit seinen ausgewanderten Söhnen und umgekehrt gerade bezüglich des hier in Frage kommenden Punktes verbinden, sind bekannt und sie erfordern wahrlich einer anderen Gesetzgebung, als sie eben besteht. So wie sie jetzt ist, ist sie für einen außerhalb Hessen Wohnenden beinahe unbegreiflich und verfällt geradezu der Lächerlichkeit, wie der nachfolgende actenmäßige Verlauf einer von einem amerikanischen Generalconsul hierher gerichteten Anfrage beweist.

Im Jahre 1858 fragte der Gr. Generalconsul in Philadelphia bei Grm. Ministerium an:

1) wie viel Jahre hingehen müßten, ehe Jemand für todt oder verschollen erklärt werde;
2) was die Gesetze vorschrieben bei Erbschaften, die schon länger als 40 Jahre alt seien, wenn von Seiten der abwesenden Verwandten keine Schritte zur Erhebung derselben gethan worden sei; endlich
3) wie lange Erbschaften gerichtlich oder außergerichtlich verwaltet werden müßten, ehe selbe unter die übrigen Erben vertheilt würden, im Falle nämlich einige Erben nicht aufzufinden seien?

Wären diese Anfragen lediglich für die Provinz Rheinhessen gestellt gewesen, so hätten sie kurzer Hand durch Verweisung auf Art. 112 ff. des Code civil erledigt werden können. In den Provinzen Starkenburg und Oberhessen aber ereignete sich Folgendes. Das Ministerium beantwortete die Fragen nicht selbst, sondern verschrieb sie den beiden Hofgerichten zum Bericht. Auch diese erledigten aber die Fragen nicht kurzer Hand, sondern sie erforderten wieder Bericht von allen Landgerichten, die dann ihrerseits wieder die nöthigen Forschungen anstellten. Hiernächst wurden dann die Landgerichtsberichte den Hofgerichten und von diesen letzteren die die erstinstanzlichen Ermittelungen abklärenden Berichte zweiter Instanz dem Ministerium mitgetheilt, worauf dann erst die letztere

Behörde in der Lage war, die Hofgerichtsberichte dem anfragenden Generalconsul mitzutheilen. Der Inhalt der Hofgerichtsberichte konnte nun aber natürlich nicht auf eine einheitliche klare und feste Norm gehen, sondern lautete wesentlich dahin, daß in den althessischen (Katzenellenbogener) Orten: althessische Verordnungen, in den früher Mainzischen Orten: Mainzer Landrecht, in den früher Pfälzischen Orten: Pfälzische Verordnungen, in der Stadt Wimpfen und den dazu gehörigen Orten: Wimpfner Stadtrecht, in allen übrigen Orten: gemeines Recht gelte. Diesen Ausführungen war noch ein Verzeichniß der einzelnen Landgerichte, unter Angabe der bei denselben in Uebung befindlichen Landrechte, beigefügt, um dem Anfragenden die nöthigen Nachforschungen einigermaßen zu erleichtern. Dies war indessen zur Beurtheilung eines einzelnen concreten Falles nicht einmal ausreichend, denn um mit Sicherheit das hierfür zur Anwendung zu bringende Recht zu ergründen, hätte noch ein Verzeichniß der einzelnen hessischen Orte, unter Angabe des an jedem Orte geltenden Landrechts, beigefügt werden müssen, weil, — ganz abgesehen davon, daß bei dem Generalconsul die Kenntniß der den einzelnen Landgerichten zugetheilten Orte kaum unterstellt werden konnte, — in einer sehr großen Anzahl von Landgerichten mehrere Landrechte zugleich in Geltung sind und also nur die Kenntniß des am einzelnen Orte geltenden Landrechts Gewißheit wegen der platzgreiflichen Verschollenheitsnorm bieten konnte. Man denke sich nun, welche Augen der Generalconsul gemacht haben mag, als ihm die ersehnte Antwort geworden war!

Alle bisher für eine Reform angeführten Gründe tragen übrigens nur einen mehr äußeren und negativen Character. Beinahe noch wichtiger für die Reformfrage sind aber die Gründe innerer Art, insofern nämlich die in §. 1 zusammengestellten gesetzlichen Bestimmungen überhaupt für die Jetztzeit nicht mehr geeignet sind. Sie entstammen sämmtlich einer Zeit, in welchen die Verkehrsverhältnisse noch höchst primitiver Natur

waren und es für den Abwesenden oft mit den größten Schwierigkeiten verbunden sein mußte, Nachricht von sich in seine Heimat gelangen zu lassen, noch mehr aber sich in diese letztere zurückzubegeben. Damals war es gerechtfertigt, die Todeserklärung so weit, wie es in den meisten älteren Gesetzen geschehen, hinaus zu verlegen und bis dahin eine curatorische Verwaltung ohne frühere Ueberweisung an die präsumtiven Erben ins Auge zu fassen, überhaupt auf die Zeitdauer der Abwesenheit weniger, als auf das die Wahrscheinlichkeit des wirklich erfolgten Todes begründende Lebensalter Rücksicht zu nehmen. Heutzutage liegt Alles anders. Die Verkehrsverhältnisse haben eine Aus- und Durchbildung erlangt, daß Abwesende auch aus den entferntesten Welttheilen leicht Nachricht von sich geben, selbst in kurzer Zeit die Heimat erreichen können, und wenn daher heutzutage eine Person, welche die Heimat verlassen hat, in längeren Jahren nichts von sich hören läßt, obgleich die ihr bekannten vermögensrechtlichen Interessen sie hierzu auffordern müßten, so darf schon hieraus die Vermuthung geschöpft werden, daß sie nicht zurückkehre, folgeweise aber eine Einweisung der präsumtiven Erben, zunächst freilich gegen Sicherheit, als gerechtfertigt erachtet werden. Dies ist denn auch der Standpunkt aller neueren Gesetzgebungen und er fordert, während er die hessischen Normen des §. 1. als veraltet und unpractisch erscheinen läßt, zugleich dringend dortselbst die Legislation zur Abhilfe auf. Diese Legislation wird auch den von der hessischen Rechtsprechung adoptirten Satz, daß ein Abwesender bei solchen Rechten, die ihm während der Abwesenheit eröffnet werden, ohne weiteren Beweis für lebend gilt, kaum adoptiren können.

§. 3.

Vortheile einer Reform.

Die Vortheile, welche eine Reform in dem soeben angedeuteten Sinne mit sich führen würde, sind in keiner Weise zu unterschätzen. Abgesehen von dem nicht hoch genug anzuschlagen-

den Gut einheitlichen und gleichheitlichen Rechtes, beziehe es sich vorerst auch nur auf eine einzelne Rechtsmaterie, so wird dadurch vor Allem eine nicht unerhebliche Erleichterung der Gerichte und der von ihnen bestellten Curatoren eintreten. Bei jedem Land- oder Stadtgericht werden bekanntlich eine Reihe von Curatelen in den Tabellen fortgeführt, reproducirt und respizirt, welche lediglich in der über Verschollenheit bestehenden Gesetzgebung ihren Grund haben. Viele derselben sind einfacher, manche aber auch sehr complicirter Natur und die Curatoren und die Gerichte sind alsdann oft das ganze Jahr hindurch, oder doch zeitweise mit deren Verwaltung und Ueberwachung beschäftigt. Fast alle diese Curatelen, welche sich, bei der erfahrungsgemäß nur selten eintretenden Wiederkehr wahrhaft Abwesender, schließlich doch als überflüssig und unnöthig erweisen, würden durch eine neue entsprechende Gesetzgebung beseitigt und hierdurch den Gerichten erster Instanz, sowie den zu Curatoren ernannten Personen eine sie zwecklos belastende Mühe abgenommen.

Auf der anderen Seite wird dadurch, daß den präsumtiven Erben des Abwesenden das Vermögen des letzteren vorerst nur gegen Cautionsleistung und erst nach stattgehabter genauer Feststellung überantwortet wird, der Hauptzweck einer Curatel, die Erhaltung des Vermögensstocks, gleichwohl vollständig erreicht, zugleich aber das bei Curatelen in Wahrheit doch immer mehr oder weniger unproductiv angelegte Capital zu sachgemäßerer und productiverer Verwendung gebracht und dadurch dem Volkswohl genützt.

§. 4.
Widerlegung möglicher Einwände.

Gegen eine Reform lassen sich einige Einwendungen erheben, welche aber bei näherer Bestimmung aller wahren Erheblichkeit entbehren. Der schlechteste Einwand wäre der, daß es sich überhaupt nicht empfehle, vor Erlaß eines allgemeinen deutschen Gesetzbuchs Materien des Privatrechts einer

besonderen particulären Bearbeitung zu unterziehen, denn stünde selbst die Ausdehnung der Reichscompetenz auf das Civilrecht nicht mehr in so weitem Felde, wie es den Anschein hat, so erfordert doch die Herstellung eines allgemeinen deutschen Gesetzbuchs so riesige Vorarbeiten, daß es geradezu thöricht wäre, eine sonst dringende Reform bis dahin zu verschieben. Eher schon ließe sich der Einwand hören, daß die vorliegende Materie so wesentlich zugleich in die erbrechtlichen Grundsätze einschlage, daß sie für sich allein nicht wohl geordnet werden könne, eine Ordnung des ganzen Erbrechts durch Gesetz aber den größten Schwierigkeiten unterliege. Allein auch dieser Gesichtspunkt erweist sich hinfällig, sofern man nur das neue Gesetz auf das richtige Maß, unter Intactlassung der sonstigen Principien des Erbrechts, beschränkt. Was endlich das Bedenken gegen raschere Einweisung der präsumtiven Erben und frühere Todeserklärung aus Rücksicht der möglichen Wiederkehr des Abwesenden betrifft, so wird dasselbe schon durch die tägliche Erfahrung, noch mehr aber durch die neuere Wissenschaft wiederlegt, welche eine solche Abkürzung für an sich gerechtfertigt und bei entsprechender Sicherheitsleistung für gefahrlos erklärt.

§. 5.
Welche Norm empfiehlt sich für die neue Gesetzgebung am meisten?

Wenn wir diese Frage aufwerfen, so ist naturgemäß in erster Linie zu erwägen, ob nicht das in Rheinhessen geltende bürgerliche Gesetzbuch Bestimmungen enthalte, welche sich als sachgemäß empfehlen, denn wenn dies der Fall wäre, so ist nicht abzusehen, warum diese nicht herüberzunehmen und so durch das ganze Großherzogthum einheitliches Recht herzustellen sein sollte. Die Bestimmungen dieses Gesetzbuchs[3]) concentriren sich nun in folgenden Sätzen:

[3]) Vgl. Titre IV. Chap. I. De la Présomption d'absence (Art. 112—114). Chap. II. De la déclaration d'absence (Art. 115—119).

I. Bezüglich des Vermögens, welches der Abwesende zur Zeit seines Weggehens besaß.

1) Ist Jemand ohne Nachricht von sich zu geben längere Zeit abwesend, so können die Interessenten eine richterliche Abwesenheitserklärung beantragen und zwar, wenn der Abwesende einen Bevollmächtigten nicht hinterlassen hat, nach vier Jahren der Abwesenheit, wenn er dagegen einen Bevollmächtigten hinterlassen hatte, erst nach zehn Jahren. Die Abwesenheit ist hiernächst in vorgeschriebener Weise unzweifelhaft festzustellen und die hierauf fußende förmliche Abwesenheitserklärung nach Wahrung bestimmter Formen und Fristen zu veröffentlichen.

2) Die Abwesenheitserklärung hat die Wirkung, daß nunmehr provisorisch das thatsächliche Verhältniß hergestellt wird, wie es sich gestalten würde, wenn der Abwesende todt wäre. Daher werden die Präsumtiverben in den betreffenden Vermögensbesitz gesetzt, resp. ein etwa vorhandenes Testament u. s. w. eröffnet und thatsächlich zur Ausführung gebracht. Alle Uebertragungen erfolgen nur gegen Caution.

3) Der provisorische Besitz wandelt sich in einen definitiven und die Caution fällt weg, wenn seit der provi-

---

Chap. III. Des effets de l'absence. Sect. I. Des effets de l'absence, relativement aux biens, que l'absent possedait au jour de sa disparation (Art. 120—134). Sect. II. Des effets de l'absence relativement aux droits éventuels qui peuvent compéter à l'absent (Art. 135—138). Die im Nachfolgenden nicht erwähnten Art. 112—114 enthalten im Wesentlichen folgende Bestimmung: Tritt die Nothwendigkeit ein, für die Verwaltung von Vermögen eines anscheinend Abwesenden, der keinen Bevollmächtigten zurückgelassen hat, zu sorgen, so ertheilt das Gericht auf Anstehen einem Notar den Auftrag, den Abwesenden bei den Inventarien u. s. w. sachgemäß zu vertreten. Hierbei wird von Staatswegen das Interesse des Abwesenden überwacht und gewahrt. — Die Bestimmungen der Art. 139 u. 140: Des effets de l'absence relativement au mariage und Art. 141—143: De la surveillance des enfans mineurs du père, qui a disparu, können hier ganz außer Betracht bleiben.

sorischen Einweisung die Abwesenheit dreißig Jahre gedauert hat, oder wenn 100 Jahre seit der Geburt des Abwesenden verflossen sind.

4) Kehrt der Abwesende zurück und zwar

a. während der provisorischen Einweisung, so erhält er sein Kapital-Vermögen ganz zurück, von den Nutzungen jedoch nur $^{4}/_{5}$, wenn er in den ersten 15 Jahren seit seinem Verschwinden zurückgekehrt, nur $^{1}/_{10}$, wenn er in den folgenden 15 Jahren wieder erscheint;

b. nach der definitiven Einweisung, so erhält er trotzdem seine in Natur bei den Erben 2c. vorhandenen Güter zurück in dem Zustande, in dem sie sich alsdann noch befinden, den Preis der veräußerten Güter oder diejenigen Güter, die aus dem Verkaufspreis wieder angeschafft worden sind. Die Nutzungen aber verbleiben den Eingewiesenen.

II. Bezüglich der Rechte, welche dem Abwesenden zustehen könnten resp. demselben während der Abwesenheit eröffnet werden.

1) Das französische Recht erkennt die Präsumtion des Fortlebens bei eventuellen Rechten des Abwesenden nicht an, es bestimmt vielmehr, daß wenn Jemand ein Recht in Anspruch nimmt, welches einem Abwesenden angefallen sein soll, er den Beweis führen muß, daß der Abwesende in dem Zeitpunkte lebte, als das betr. Recht eröffnet wurde. Nur eine einfache Consequenz dieses Satzes ist es

2) daß wenn eine Erbschaft eröffnet wird, wozu ein Abwesender berufen ist, dessen fortdauerndes Leben nicht nachgewiesen werden kann, der Nachlaß ausschließlich auf diejenigen fällt, mit welchen der Abwesende sonst die Erbschaft zu theilen gehabt hätte, oder diejenigen, die in Ermanglung seiner zur Erbschaft gelangt wären. Hierdurch werden übrigens

3) die Erbschaftsklagen und sonstigen Rechte des Abwesenden, seiner Repräsentanten oder Stellvertreter an sich nicht

vernichtet, nur sind sie der Verjährung unterworfen, und diejenigen, die die Erbschaft in Empfang genommen haben, dürfen die in guten Glauben genossenen Früchte behalten.

Man darf wohl mit Recht behaupten, daß diese Bestimmungen sich in jeder Hinsicht auch für eine neue Gesetzgebung als zweckmäßig empfehlen. Denn sie enthalten nicht nur eine überaus klare und durchsichtige Auffassung der betreffenden Rechtsverhältnisse, sondern sie versöhnen auch in trefflichster Weise die Interessen des Staates, der Abwesenden und der präsumtiven Erben resp. sonst berechtigten Personen. Man könnte also deren Herübernahme selbst dann gut heißen, wenn nicht schon die thunlichste Rücksichtnahme auf Herstellung einheitlichen Rechts durch ganz Hessen darauf hinwiese.

§. 6.

Fassung eines an die Stände zu richtenden Antrags.

Nach dem bisher Ausgeführten würde einem an die Stände zu richtenden Antrag etwa folgende Fassung zu geben sein:

In Erwägung in den Provinzen Starkenburg und Oberhessen bezüglich des Zeitpunkts, wann ein unbekannt wo Abwesender für todt zu erklären und wann dessen Vermögen den nächsten Angehörigen gegen Caution, resp. definitiv auszuhändigen sei, nicht weniger als **sechs** verschiedenartige Gesetzesnormen in Geltung sind:

1) in den althessischen Landen die **althessischen Verordnungen vom 19. Februar 1774 und vom 13. Februar 1776**, vergl. mit Nr. 19 der gedruckten Präjudicien des höchsten Gerichtshofs (Todesvermuthung bei vollendetem 70. Lebensjahr und Ueberlassung des Vermögens an die Erben, jedoch nur gegen Caution für weitere 20 Jahre);
2) in den vormals kurmainzischen Landen das **Mainzer Landrecht** Titel XIV. §. 11, vergl. mit Nr. 19 der gedruckten Präjudicien des höchsten Gerichts (Ueberlassung des Vermögens an die nächsten Angehörigen

nach 15jähriger Abwesenheit gegen Caution bis zum vollendeten 50. Jahre der Abwesenheit);

3) in den vormals kurpfälzischen Orten die **pfälzischen Verordnungen vom 15. November 1774, 10. November 1784, 16. Juli 1799, 12. December 1800 und 9. Juli 1802** (Todesvermuthung bei vollendetem 70. Lebensjahre und definitive Ueberlassung des Vermögens an die nächsten Angehörigen, jedoch schon frühere Ueberlassung gegen Caution, wenn die Abwesenheit seit der Großjährigkeit 30 Jahre gedauert hat);

4) in der Stadt Wimpfen und den früher zu ihr gehörigen Orten das **Wimpfner Stadtrecht** Thl. V §. 21 — 23 (Ueberlassung des Vermögens an die zur Zeit des Weggangs nächsten Verwandten sofort nach festgestellter Abwesenheit gegen Caution bis zum vollendeten 70. Lebensjahre);

5) in dem Condominat Kürnbach **würtembergisches Recht**;

6) in allen übrigen Orten, insbesondere den vormals Solms'schen und Erbach'schen Landestheilen **gemeines Recht** (Todesvermuthung bei vollendetem 70. Lebensjahre und Ueberlassung des Vermögens an die Erben ohne Caution);

in Erwägung schon dieser Zustand, insbesondere bei Berücksichtigung der internationalen Wichtigkeit der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen und der vielfachen Beziehungen ausgewanderter Hessen zum Heimatland und umgekehrt, zum Erlaß eines die fraglichen Verhältnisse einheitlich ordnenden Gesetzes dringend und jedenfalls vor Zustandekommen eines allgemeinen deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs auffordert, hierzu aber kommt, daß die dermalen zu Recht bestehenden, aus alter Zeit stammenden gesetzlichen Bestimmungen für die heutigen Lebens- und Verkehrsverhältnisse, welche eine raschere Einweisung der präsumtiven Erben unter besonderer Rücksichtnahme

auf die Zeitdauer der Abwesenheit, gegen Caution erfordern, nicht mehr passend sind;

in Erwägung durch eine entsprechende Gesetzesrevision die Nothwendigkeit der Anordnung und resp. Weiterführung einer Menge die Gerichte belästigender, in Wahrheit nutzloser Curatelen wegfallen und dafür den nächsten Angehörigen die Benutzung eines bisher unproductiv festgelegten, ihnen erfahrungsgemäß meist schließlich doch zufallenden Vermögens gegeben würde;

in Erwägung bei einer Gesetzesrevision, zur thunlichsten Herstellung der Rechtsgleichheit im ganzen Großherzogthum, es entsprechend erscheint, die als praktisch bewährten Bestimmungen des in Rheinhessen geltenden bürgerlichen Gesetzbuchs, Art. 112 ff., nicht außer Betracht zu lassen;

erlaube ich mir an hohe Kammer den Antrag zu stellen: Gr. Regierung um eine Gesetzesvorlage zu ersuchen, durch welche, unter sachgemäßer Anlehnung an die in Rheinhessen geltende Gesetzgebung, die oben erwähnten Verhältnisse der Abwesenden und resp. Verschollenen für die Provinzen Starkenburg und Oberhessen einheitlich geregelt werden[4]).

---

[4]) Inzwischen habe ich den Antrag selbst in obiger Fassung eingebracht. — Bei dieser Gelegenheit mag auch noch darauf hingewiesen werden, daß jedes der obigen Rechte wieder seine eignen Controversen hat, was den geschilderten Rechtszustand noch unerträglicher macht. So weist z. B. allein das gemeine Recht die 3 Streitpunkte auf, ob nach stattgehabter Todeserklärung der Tod und die daran sich knüpfenden Erbrechte auf die Zeit, wo der Abwesende verschwand, zurück zu datiren seien, oder ob der Augenblick des vollendeten 70. Lebensjahrs, oder der des gerichtlichen Decrets entscheide. Alle Controversen würden durch eine entsprechende Gesetzgebung beseitigt werden.

V.

Untersuchung über die Verpflichtung zur Stellung des Zuchtviehs nach gemeinem und hessischem Rechte.

Von

Herrn Dr. Otto Gerland,
Rechtsanwalt und Notar zu Schmalkalden.

(Schluß.)

---

§. 6.

Die Ablöslichkeit der Verpflichtung zur Stellung des Zuchtviehs.

Um nun zum Schluß noch die für die Praxis gleichfalls nicht unwichtige Frage zu entscheiden, ob die in Rede stehende Verpflichtung als eine ablösliche erscheine oder nicht, so kann diese Frage, streng genommen, der Natur der für die einzelnen deutschen Rechtsgebiete ergangenen partikularrechtlichen Ablösungsgesetze nach nur partikularrechtlich beantwortet werden. Sie soll also hier nach dem kurhessischen Rechte beantwortet werden, doch werden sich auch für andere Rechtsgebiete daraus mancherlei Anknüpfungen bieten, da den Ablösungsgesetzen der einzelnen deutschen Staaten doch viele gemeinschaftliche Gesichtspunkte zu Grunde liegen.

Auch nach dem Rechte des ehemaligen Kurfürstenthums Hessen kann die Frage nach der Ablöslichkeit nur unter Berücksichtigung der Natur des einzelnen Falls entschieden werden, in welchem sie gerade vorliegt.

Beruht die Verpflichtung nur auf einem persönlichen Vertrag, so ist selbstverständlich von einer Ablösung keine Rede, wie dieß auch der Votant des Obergerichts zu Kassel bei

Heuser, Annalen VII. S. 323 ff.

mit Recht annimmt.

Auch in der Richtung stimme ich mit dem gedachten Votanten überein, daß unsere Verpflichtung da nicht ablöslich sein könnte, wo sie wirklich als eine öffentlich rechtliche Einrichtung der modernen politischen Gemeinde erscheinen würde, und wie dieser Satz im allgemeinen den neueren Ablösungsgesetzen entspricht, welche nur privatrechtliche Verpflichtungen beseitigen, die öffentlich rechtlichen Institute aber unberührt bestehen lassen, so entspricht dieß insbesondere auch dem §. 1 des Kurhessischen Ablösungsgesetzes vom 23. Juni 1832 (Ges. Sammlung f. Kurhessen Bd. VI. Jahrgang 1832 S. 149 ff.) Nur erscheint nach dem bisherigen Gange dieser Untersuchung eine solche öffentlich rechtliche Natur der fraglichen Verpflichtung so sehr als unwahrscheinlich, daß ein solches Verhältniß ganz speziell nachgewiesen werden müßte.

Daß dagegen die Verpflichtung auf Grund des §. 6 der Verordnung vom 13. Mai 1867 (Gesetzsammlung für die Preußischen Staaten S. 716 ff.) in Verbindung mit der durch diese Verordnung eingeführten Zusammenlegung der Grundstücke, Theilung von Gemeinschaften oder Ablösung der als Dienstbarkeit auf dem Grundeigenthum haftenden Nutzungsberechtigungen zur Weide, zur Waldmast zum Bezug von Holz, Lohe und Streuzeug, zum Plaggen-, Rasen- und Bültenhieb, sowie zum Grasschnitt und zur Nutzung von Schilf, Binsen und Rohr auf Ländereien und Privatgewässern und nach dem in dieser Verordnung vorgeschriebenen

Verfahren abgelöst werden kann, unterliegt nach dem Wortlaut dieses §. 6 keinem Zweifel, und in diesem Zusammenhang ist auch, wie die angezogenen Bekanntmachungen der Generalkommission zu Kassel zeigen, für Liebenau, und auch in andern Fällen z. B. zu Mönchehof bei Kassel die fragliche Verpflichtung hin und wieder abgelöst worden. Es handelt sich also nur darum, ob die Ablöslichkeit auch ohne einen solchen Zusammenhang und ohne die beiden angegebenen Fälle der Unablösbarkeit anzunehmen ist.

Um dieß zu untersuchen, kommt es auf den Wortlaut der einschlagenden kurhessischen Gesetze an. Das Gesetz vom 26. Aug. 1848, die Auseinandersetzung der Lehnsverhältnisse betr. (Gesetzsammlung für Kurhessen Bd. XI. Jahrg. 1848 S. 67 ff.) bestimmt nun ausdrücklich im §. 1:

> „Aller Lehns-, Leihe-, Meier-, Erbpacht- oder sonstige gutsherrliche Verband .... in Beziehung auf .... Güter, einzelne Grundstücke, Gerechtsame oder Kapitalien ..... hört, sofern den Inhabern derselben ein erbliches Recht daran zukommt, zu deren Gunsten .... auf" (die Ausnahmen siehe später),

im §. 2:

> „Gleichzeitig fallen die bisherigen Gegenleistungen des Obereigenthümers oder des sonst Berechtigten weg"

und endlich im §. 24:

> „Auch die nach der bisherigen Gesetzgebung bereits ablösbaren Gerechtsame mit Ausschluß der vertragsmäßig unablösbaren Grundzinsen von Rottländereien werden, soweit solche nicht bereits abgelöst sind, hiermit für aufgehoben erklärt und es treten an deren Stelle Entschädigungsforderungen, welche statt der Ablösungssumme gelten und worauf die Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes ihre Anwendung finden."

Es erhellt hiernach, wie auch der Referent des Oberappellationsgerichts zu Kassel bei

Heuser, Annalen XIII. S. 411.

ausführt, daß die fragliche Verpflichtung, sobald sie auf einem Lehns- oder gutsherrlichen Verbande beruht und sich als eine aus demselben entspringende Leistung oder Gegenleistung darstellt, nicht nur ablöslich, sondern sogar aufgehoben und durch eine Entschädigungsforderung ersetzt ist.

Abgesehen hiervon aber bedarf es in Gemäßheit des oben angegebenen §. 24 der Prüfung, ob die in Rede stehende Verpflichtung nach der Gesetzgebung vor dem 26. Aug. 1848 ablösbar war, da sie dann durch diesen §. 24 aufgehoben sein würde.

In dieser Richtung bestimmt nun der bereits erwähnte §. 1 des kurhessischen Ablösungsgesetzes vom 23. Juni 1832 in Ausführung des §. 34 der Verfassungsurkunde vom 5. Jan. 1831:

„Alle Frohnen, Grundzinsen, Zehnten und übrigen gutsherrlichen Natural- und Geldabgaben, auch andere Reallasten sind auf Verlangen der Pflichtigen unter den in diesem Gesetze enthaltenen näheren Bestimmungen ablösbar, ohne daß jedoch durch eine Ablösung solcher Lasten die etwa sonst hinsichtlich der belasteten Grundstücke vorhandenen Rechtsverhältnisse eine Aenderung erleiden“;

und der §. 2 desselben Gesetzes bezeichnet als

„unter den nach diesem Gesetze ablösbaren Lasten“.... „nicht mit begriffen“:

1) alle auf dem Unterthanen-Verbande beruhenden Lasten, als Steuern jeder Art, Landfolgedienste und dergleichen,
2) die aus dem Gemeinde-, dem Kirchen- und dem Schul-Verbande entspringenden Abgaben und Leistungen außer den auf gutsherrlichen Verhältnissen oder dem Zehntrechte beruhenden Lasten, sowie
3) alle vermöge eines Erbpachtverhältnisses zu entrichtenden Abgaben“,

und verspricht weiter, daß

„über die Bedingungen der Ablösung der Beholzigungsgerechtsame und der ihnen gegenüberstehenden Leistungen, sowie

über die Auseinandersetzung der Lehns-, Meier- und anderen gutsherrlichen Verhältnisse" .... „auf dem nächsten Landtage Gesetz-Entwürfe vorgelegt werden sollen."

Hieraus folgt zunächst wieder, daß wenn man die Verpflichtung zur Stellung des Zuchtviehs als Gegenleistung gegenüber dem Blutzehnten auffassen will, sei es auf Grund der vom Votanten des Obergerichts zu Kassel bei

Heuser, Annalen VII. S. 323 ff.

vertretenen, sei es nach der von mir entwickelten Ansicht, diese Gegenleistung mit dem Zehnten durch die Gesetzgebung des Jahres 1832 ablöslich geworden und also 1848 aufgehoben ist.

Will man aber auch einen solchen Zusammenhang trotz der dafür angegebenen Gründe nicht annehmen, oder findet sich im betreffenden Falle ein Zehnten als Gegenleistung nicht vor, so halte ich dennoch die in Rede stehende Verpflichtung für ablöslich bez. aufgehoben.

Es sind allerdings die im letztgenannten Absatz des §. 2 des Ablösungsgesetzes vom 23. Juni 1832 verheißenen Gesetze nicht mit dem nächsten Landtnge erledigt worden, sondern es ist in Folge der bekannten Verhältnisse des ehemaligen Kurhessens die Auseinandersetzung der Lehns- rc. Verhältnisse erst durch das oben erwähnte Gesetz vom 26. Aug. 1848 und die Ablösung der Waldservituten, obgleich dem hessischen Landtage bereits am 6. Januar 1835 ein darauf bezüglicher Gesetzentwurf vorgelegt wurde,

vgl. Landtagsverhandlungen von 1834—35, Anlage 305,

erst nach der Einverleibung Kurhessens in die Preußische Monarchie durch die bereits angeführte Verordnung vom 13. Mai 1867, betreffend die Ablösung der Servituten rc., erfolgt; allein man ersieht doch aus den wiedergegebenen Bestimmungen des Gesetzes vom 23. Juni 1832, daß dieß Gesetz im Allgemeinen außer den vermöge eines Erbpachtverhältnisses zu entrichtenden Abgaben, dem Lehns-Verbande und den Beholzigungsgerechtigkeiten die Ablösbarkeit aller dem Privatrecht angehörigen dinglichen Lasten, soweit dieselben überhaupt, worauf

ich nachher zurückkommen werde, von der staatlichen Gesetzgebung berührt werden, aussprechen wollte, weshalb denn der §. 2 des gedachten Gesetzes diesen aufgehobenen, beziehungsweise als demnächst aufzuhebend in Aussicht gestellten privatrechtlichen Lasten die dem öffentlichen Rechte, dem Staats-, Gemeinde-, Kirchen- und Schul-Verbande entspringenden Lasten entgegensetzte, unter welchen letzteren begreiflicherweise nicht solche zu verstehen sind, welche zufällig dem Staate, den Gemeinden, der Kirche oder der Schule gegenüber obliegen, aber dem Privatrecht entspringen, denn sonst würden alle als ablösbar bezeichneten Lasten nicht haben abgelöst werden können, wenn nur als berechtigtes Subjekt bezüglich derselben Staat, Gemeinde, Kirche und Schule erschien, während grade diese vier Rechtspersönlichkeiten vorzugsweise im Besitze solcher Berechtigungen erschienen, welche abgelöst wurden; sondern es ist der einzige Maßstab zur Entscheidung der Frage, ob eine Last ablöslich sei oder nicht, der, ob diese Last selbst einem öffentlichen oder privatrechtlichen Verhältnisse entspringt. Es schließt deshalb der §. 2 Satz 2 des Gesetzes vom 23. Juni 1832 ausdrücklich die aus gutsherrlichen Verhältnissen und dem Zehntrecht entspringenden, den Gemeinden, Kirchen und Schulen geschuldeten Lasten und Abgaben von den als unablöslich bezeichneten Rechtsverhältnissen aus, und in gleichem Sinne hat sich das frühere Oberappellationsgericht zu Kassel in Sachen Stadt Rinteln gegen von Münchhausen ausgesprochen.

vgl. Heuser, Annalen XIII. S. 408.

Der Referent des Oberappellationsgerichts zu Kassel bei Heuser Annalen XIII. S. 402 ff. faßt allerdings, und zwar unter Zustimmung des Oberappellationsgerichts das Ablösungsgesetz vom 23. Juni 1832 anders auf und hält die Verpflichtung zur Stellung des Zuchtviehs deshalb für nicht ablösbar, weil sie unter den Bestimmungen des Gesetzes vom 23. Juni 1832 gar nicht mit inbegriffen sei. Er hält zunächst die Bestimmung des §. 1 dieses Gesetzes:

„Alle Frohnen, Grundzinsen, Zehnten und übrigen gutsherr-

lichen Natural- und Geldabgaben, auch andere Reallasten sind .... ablösbar"

für so unbestimmt, daß sie gerechten Tadel verdienen würde, wenn es nicht sowol durch den Zusatz:

„unter den in diesem Gesetze enthaltenen näheren Bestimmungen",

sowie durch den gesammten Inhalt des gedachten Gesetzes in unzweifelhafte Gewißheit gesetzt würde, daß nur die in dem gedachten Gesetze unter II bis V. des ersten Abschnittes desselben (I. enthält die allgemeinen Bestimmungen) ausdrücklich namhaft gemachten dinglichen Lasten (Zinsen, Zehnten, zufällige Leistungen und Frohnden) der Ablösung unterliegen sollten, da insbesondere das Gesetz auch nur für diese vier dinglichen Lasten Bestimmungen bezüglich der Ablösung derselben enthalte. Ich für meinen Theil kann dieser Ansicht jedoch nicht beitreten. Zunächst finde ich den Ausdruck: „auch andere Reallasten" wenn auch nicht besonders glücklich gewählt, so doch keineswegs so unbestimmt gefaßt, wie der betreffende Referent annimmt, denn das am Eingang des §. 1 befindliche Wort „Alle" bezieht sich auf sämmtliche im §. 1 als ablöslich bezeichneten Lasten, und es enthält daher der gedachte §. 1 als Hauptgrundsatz die Bestimmung: Alle Reallasten sind ablösbar. Namentlich, heißt es dann weiter, sind es Frohnen, Grundzinsen und alle übrigen gutsherrlichen Natural- und Geldabgaben, welche wohl nur deshalb besonders genannt werden, weil für sie im nachfolgenden besondere Bestimmungen gegeben werden, welche vielleicht aber auch nur deshalb diese Behandlung erfuhren, weil der auf Befreiung von Grund und Boden gerichtete Wunsch der Bevölkerung ganz besonders bezüglich dieser namentlich aufgeführten Lasten laut geworden war; um aber neben der Berücksichtigung der im Treiben der politischen Parteien laut gewordenen Schlagwörter, wie Aufhebung der Frohnen und Zehnten auch den Erfordernissen der Wissenschaft gerecht zu werden und System in die Gesetzgebung

zu bringen, wird dann noch weiter bestimmt, daß außer diesen namentlich aufgeführten Lasten auch „alle .... andere Reallasten" ablöslich sein sollen, soweit dieselben nicht wegen ihrer öffentlich rechtlichen Natur — wenn sie nämlich auf dem Staats-, Gemeinde-, Kirchen- und Schulverbande beruhen — im öffentlichen Interesse unablöslich bleiben müssen oder wegen besonderer Schwierigkeiten bei der Ausführung ihrer Ablösung oder besonderer Abneigung der maßgebenden Kreiße gegen deren Ablösung — z. B. die Beholzigungsgerechtsame und die denselben gegenüberstehenden Leistungen, oder die ständigen Leistungen, welche auf den seit 1814 neu errichteten Erbleihen und Erbpachten haften, sowie die vertragsmäßig als unablösbar bedungenen Rottzinsen nach Gesetz vom 20. Juni 1850 (Ges. Samml. Bd. 12 Jahrg. 1850 S. 29.) einer besonderen Spezial-Gesetzgebung vorbehalten bleiben mußten. Diese Ablösung geschieht natürlich nach den Vorschriften des Ablösungsgesetzes. Dieß gibt eine Auslegung des gedachten §. 1, wonach dessen Fassung keinen so herben Tadel verdient, welche ihm vielmehr einen ganz guten logischen Sinn gibt, und ich weiß nicht, weshalb man statt dieser von mir versuchten Auslegung mit dem erwähnten Referenten eine solche wählen soll, nach welcher allerdings die Wortfassung des Gesetzes an großer Unklarheit leiden würde, indem danach die Worte „auch andere Reallasten" vollständig überflüssig wären, ja gar keinen Sinn hätten, da die vom Referenten als allein ablösbar bezeichneten Zinsen, Zehnten, zufälligen Leistungen und Frohnen unter den Worten: „Frohnen, Grundzinsen, Zehnten und andere gutsherrlichen Natural- und Geldabgaben" begriffen sind und es ganz unbegreiflich wäre, weshalb man daneben noch anderer Reallasten als ablösbar gedacht hätte, die es nicht waren. Ja, daß man die nur zum Theil als Reallasten aufzufassenden Beholzigungsgerechtsame neben den durchaus nicht zu den Reallasten gehörigen Lehns-, Meier- und anderen gutherrlichen Verhältnissen nannte, auch bestimmte, daß bereits mittelst eines dem nächsten Landtage vorzulegenden Gesetzentwurfs die Be-

dingungen auch deren Ablösung festgestellt werden sollten, beweist wieder den von mir aufgestellten Satz, daß man viel weiter gehen wollte als nur die Ablösung der Reallasten feststellen; man wollte die Ablöslichkeit der sämmtlichen dinglichen Rechtsverhältnisse aussprechen, ohne deren Beseitigung von einer Befreiung von Grund und Boden keine Rede sein konnte, und so schloß man die Beholzigungsgerechtsame von der vorliegenden Gesetzgebung lieber zunächst ganz aus, um sie, wie man wenigstens hoffte, demnächst gänzlich, auch soweit sie sich nicht als Reallast darstellten, beseitigen zu können. Nimmt man noch hinzu, daß der Landtagsabschied vom 31. October 1833 (G. S. v. 1833 S. 189) 1 Satz 20 den Inhalt des Gesetzes vom 23. Juni 1832 dahin angibt, es betreffe „die Ablösung der Grundzinsen, Zehnten, Dienste und anderer Reallasten", so wird man annehmen müssen, daß diese Worte: „und andere Reallasten" nicht so ganz unbedacht in das Gesetz aufgenommen worden sind, und man wird um so sicher vernehmen müssen, daß diese Worte gewiß nur in dem von mir angenommenen weit umfassenden Sinne gebraucht wurden. Da man nun aber im Zweifel annehmen muß, der Gesetzgeber habe mit den von ihm gebrauchten Worten auch einen vernünftigen Sinn verbinden wollen, so muß ich wenigstens meine Auslegung der des gedachten Referenten, wenn dieselbe auch vom früheren Oberappellationsgericht angenommen worden ist, den Vorzug geben.

Aber auch abgesehen von dem Gesagten kann ich mich für meine Auslegung noch auf die Verhandlungen des folgenden Landtags gelegentlich der Berathung des Gesetzentwurfs über die Ablösbarkeit der Triftabgaben beziehen. Es wird nämlich in diesen Verhandlungen sowol Seitens der Landstände als Seitens der Regierung anerkannt, daß alle dinglichen Lasten und Abgaben, welche dem Privatrechte entspringen, für ablösbar erklärt oder wenigstens einer demnächstigen Ablösbarkeit vorbehalten, und daß nur die öffentlich rechtlichen als überhaupt unablösbar angesehen worden seien, und es wurde

bezüglich der Ablöslichkeit der Triftabgaben nur insofern ein Zweifel erhoben, als man nicht ganz darin übereinstimmte, ob man dieselbe für eine dingliche Last oder, was entgegengesetzt der in der Begründung zu dem fraglichen Gesetzentwurf ausgesprochenen Ansicht der Staatsregierung das richtigere sein möchte, für eine persönliche Abgabe, einen Konzessionszins als Gegenleistung für Ausübung der regalen Schäfereigerechtigkeit durch Privaten halten sollte. Um nun einen solchen, immerhin möglichen Zweifel zu beseitigen, gieng der Landtag auf den Antrag, daß ein besonderes Gesetz über die Ablöslichkeit der Triftabgaben erlassen werden möge, ein, und daraufhin legte die Regierung dem Landtage den Gesetzentwurf vor, welcher am 2. Aptil 1835 als Gesetz über die Umwandlung und Ablösung der Triftabgaben (Gesetz Samml. f. Kurhessen Bd. VII. Jahrg. 1835 S. 11 — 12) verkündigt wurde.

Vgl. die betreffenden Landtagsverhandlungen von 1834—1835 Beilage 165 und 357 und Verhandlungen, namentlich die während der Sitzung vom 14. November 1834 (S. 914).

Von dem Gesichtspunkt nun ausgehend, daß die Triftabgabe eine dingliche Last sei, besagt die Begründung des der Ständeversammlung im März 1835 (Anlage 357) vorgelegten Gesetzentwurfs über die Ablösung der Triftabgaben:

„Es läßt sich zwar nicht bezweifeln, daß unter dem §. 1 des Gesetzes vom 23. Juni 1832 auch die erwähnten Abgaben begriffen sind und es finden demnach die in den §§. 1—17 dieses Gesetzes enthaltenen allgemeinen Bedingungen auf dieselben Anwendung. Allein da die Triftabgaben weder zu den ständigen Grundzinsen noch zu den Zehnten, noch zu den Diensten, noch zu den unter IV. in den §§. 33 bis 34 angeführten zufälligen Leistungen gehören, so fehlt es an näheren Bestimmungen über ihre Ablösung und es folgt daraus von selbst, daß diese nach Maßgabe der bisherigen Gesetze nicht vorgenommen werden kann. Die gegenwärtige Vorlage bezweckt, den erwähnten Mangel der Gesetzgebung zu entfernen.“

Hiermit spricht die Regierung mit der durch unbeanstandete Zulassung dieser Begründung und unveränderte Annahme des Gesetzentwurfs bekundeten Billigung des Landtags die Ansicht aus, daß alle Reallasten, so weit sie nicht für noch nicht aufgehoben bezeichnet seien, als ablöslich angesehen werden müßten, denn sonst konnte man nicht die als dinglich angesehenen Trift-Abgaben auch für ablöslich ansehen. Allein man schied unter diesen ablöslichen Reallasten wieder solche aus, für welche erst noch besondere Vorschriften über die Art und Weise der Ablösung festgesetzt werden mußten, um die Ablösung derselben thatsächlich möglich zu machen; aber auch insoweit solche Bestimmungen noch nöthig waren, stand doch die Ablösbarkeit fest, soweit man sie nach den allgemeinen Bestimmungen in den §§. 1—17 des Ges. vom 23. Juni 1832 zu bewerkstelligen im Stande war und sie bei den Ablösungsbehörden geschehen konnte, und nur so weit dieß nicht gieng, bedurfte es besonderer Bestimmungen. Ablösbar im Prinzip war also hiernach die fragliche Verpflichtung, und wollte man im Zweifel sein, ob die §§. 1—17 des Gesetzes vom 23. Juni 1832 unter allen Umständen, namentlich also auch auf anderen als dem Wege der *freien* Vereinigung nach §. 6 dieses Gesetzes die Ablösung ermöglichten, so war sie doch immerhin auf diesem Wege möglich. Sie war aber auch auf anderem Wege möglich, denn man braucht nur, was nach landwirthschaftlichen Grundsätzen keine Schwierigkeit hat, den Werth der Leistung zu berechnen, wozu der Kaufpreis, die Fütterung, die jährliche Werthverminderung und der etwaige Erlös beim Verkauf des Zuchtviehs die wesentlichen Faktoren sein werden, diesen nach §. 2 des Gesetzes zwanzigfach zu nehmen, andererseits die Gegenleistung in Geld oder Frucht, letztere nach dem in §. 9 angegebenen Mittelpreisen nach §. 8 festzustellen und diese Rente nach §. 2 zu verzwanzigfachen, dann entweder beide Leistungen nach §. 5 in ständige ablösliche Renten zu verwandeln oder beide berechnete Summen gegen einander zu vergleichen und den überschießenden Betrag

als Ablösungskapital anzusehen. Die zur Mitwirkung bei diesem Verfahren nothwendigen Behörden werden im 4. Abschnitt des Gesetzes benannt und daselbst deren Verfahren geregelt, und so weiß ich nicht, was man für weitere Bestimmungen bedurft hätte, namentlich da solche thatsächliche Schwierigkeiten wie bei den Grundzinsen, Zehnten, Diensten, zufälligen Leistungen oder Triftabgaben nicht vorlagen, also auch für die Ablösung der vorliegenden Verpflichtung besondere Bestimmungen nicht nöthig waren; nur der Zweifel über die Natur dieser Abgaben erklärt, dieß hatte den Erlaß des Gesetzes vom 2. April 1835. Wenn sich nun der gedachte Referent für seine entgegenstehende Ansicht auch auf die erwähnten Verhandlungen bezüglich des Erlasses eines Gesetzes über die Ablösung der Triftabgaben und in Folge davon auf die Unmöglichkeit der Ablösung der hier in Rede stehenden Verpflichtung berufen will, so liegt dieser Berufung mindestens eine Verwechselung der rechtlichen und thatsächlichen Möglichkeit der Ablösung zu Grunde.

Weiter beruft sich dann der gedachte Referent für die von ihm angenommene Unablösbarkeit der hier fraglichen Verpflichtung noch darauf, daß nach dem a. a. O. von ihm angeführten Bescheiden des früheren Oberappellationsgerichts zu Kassel doch unzweifelhaft noch verschiedene Reallasten als fortbestehend angesehen werden, z. B. das Recht auf Bezug einer Apanage oder eines Witthums, die Verpflichtung zum Reinigen eines Mühlgrabens zu Gunsten einer andern Mühle, das Recht vom Nachbar die Umzäumung des Eigenthums zu verlangen, die Verpflichtung zur Unterhaltung einer auf fremdem Grund und Boden befindlichen Mauer, das Recht auf Abgabe von Streuzeug, soweit solches Recht als eine Reallast vorkommt, Verpflichtung den Knecht des Schäfereiberechtigten zu verköstigen und Schafe des letzteren zu überwintern, das Recht von einer Saline das Salz gegen einen gleichförmigen billigen Preis zu beziehen. Ich will kein Gewicht darauf legen, daß das Erkenntniß in der letzten Sache aus 1824 datirt,

vgl. Pfeiffer, Prakt. Ausführungen. Bd. 2 S. 119 ff.

also vor Erlaß der Ablösungsgesetze ergangen ist, sondern ich nehme mit dem gedachten Referenten an, daß allerdings derartige Rechtsverhältnisse auch nach Erlaß der Ablösungsgesetze fortbestehen, und komme dabei auf die von mir oben angegebene Einschränkung zurück, daß selbstverständlich nur diejenigen Reallasten als aufgehoben gelten können, welche überhaupt unter die staatliche Gesetzgebung fallen, bez. dieselbe interessiren, indem sie aus Rechtssätzen entspringen, welche im gesammten Staatsgebiete gleichmäßig Geltung haben. Nun beruhen aber alle oben angegebenen Beispiele, von denen ich zunächst nur einmal das Recht auf Abgabe von Streuzeug zwecks besonderer Betrachtung ausschließe, auf Rechtssätzen, welche nur aus dem Willen der betreffenden Parteien hervorgegangen sind und nur auf Grund des speziell zwischen ihnen bestehenden, sei es durch Vertrag, sei es durch Ersitzung begründeten Rechtsverhältnisses, und mit Ausschluß allgemeiner Rechtssätze, ja oft im Gegensatz gegen solche ihrem Inhalt nach erläutert werden, und nehmen dadurch ein der nur für die allgemeinen Rechtsverhältnisse vorbehaltenen Staatsgesetzgebung verschlossenes Gebiet ein. Insofern hat der Referent des Oberappellationsgerichtes also Recht, daß diese Rechtsverhältnisse ganz außerhalb der Sphäre der Ablösungsgesetze liegen, und man kann mit ihm darin übereinstimmen, ohne deshalb mit ihm zu dem weiteren Schlusse kommen zu müssen, daß bei der von mir vorgezogenen Auslegung des Ablösungsgesetzes vom 23. Juni 1832 sogar die römischrechtlichen Servituten aufgehoben sein müßten. Anders aber verhält es sich mit den Zehnten, Frohnen rc., welche sich aus allgemein vorkommenden Gründen überall gleichmäßig, wenn auch hin und wieder mit Modifikationen entwickelt haben, und zu diesen allgemein vorkommenden, aus gleichem Grunde entsprungenen und nach gemeinsamen Rechtsregeln zu beurtheilenden Verhältnissen gehört die hier erörterte Verpflichtung zur Stellung des Zuchtviehs, welche sich nicht durch zufällige Uebereinkunft unter den betreffenden Personen oder auf Grund einer eine solche Uebereinkunft vertretenden Ersitzung entwickelt hat,

sondern auf Grund der durch die Natur der Sache gebotenen Rechtsverhältnisse der überall in ihren Grundzügen gleichmäßig entwickelten Markgenossenschaften entstanden ist und somit auf allgemein anerkannten Rechtssätzen beruht, deshalb aber auch von der staatlichen Gesetzgebung mitberührt werden muß, sobald diese das Gebiet, welchem auch die hier in Rede stehende Verpflichtung angehört, in Betracht zieht.

Ich habe die Berechtigung auf Bezug von Streuzeug ausgeschlossen, da diese wie die Beholzigungsgerechtsame auf der Markgenossenschaft beruht und allgemein vorkommt. Auch bezüglich dieser Berechtigung liegt jedoch keine Lücke der Gesetzgebung vor. Kann man zunächst auch nicht annehmen, daß man unter dem Begriff Beholzigungsgerechtsame die Berechtigung auf Streuzeug mit habe begreifen wollen, indem, abgesehen vom Wortlaut schon die Begründung des wie oben angegeben der Ständeversammlung am 6. Januar 1835 vorgelegten Entwurfs über Ablösung der Beholzigungsgerechtsame, welcher neben Verwandlung der unbestimmten Beholzigungsgerechtsame in bestimmte gleichzeitig die Ablösung dieser Gerechtsame selbst behandelt, ausdrücklich sagt, daß die Berechtigung auf Streuzeug nicht zu den Beholzigungsgerechtsamen gehöre, so deckt doch der Begriff der als überhaupt ablöslich erklärten Reallasten die Streuzeugberechtigung mit, da dieselbe unzweifelhaft eine Reallast ist, weil es sich bei derselben nicht um ein einfaches Dulden des dienenden Grundstücks, sondern nur eine Theilnahme an dessen Nutzungen, verbunden mit einer in der Aufklafterung und Zuweisung der Streu bestehenden Thätigkeit des Eigenthümers des dienenden Grundstücks handelt, und also die §§. 1—17 des Ablösungsgesetzes vom 23. Juni 1832 auch darauf anwendbar sein würden, so daß z. B. gegen eine freiwillige Ablösung nach §. 4 dieses Gesetzes und bei feststehendem Werthe der Nutzung einer Ablösung gegen das dann noch nach §. 8 auf das zwanzigfache dieses Werthes zu berechnende Ablösungskapital nichts eingewendet werden könnte. Wären aber doch die Bestimmungen des Gesetzes vom 23. Juni 1832 auch in

dieser Beziehung lückenhaft, so lag nur eine thatsächliche, keine rechtliche Unmöglichkeit der Ablösung vor wie bei den Triftabgaben. Hat das Oberappellationsgericht zu Kassel in den beiden vom Referenten angegebenen Fällen (1849 und 1865) die Ablöslichkeit verneint, so sind diese Entscheidungen ebenso sehr anzufechten wie die hier besprochene, und es ist bezeichnend, daß doch zweimal der Versuch gemacht worden ist, die Ablöslichkeit der Berechtigung auf Waldstreu zu behaupten, das einemal, in Sachen Staatsanwalt gegen Gemeinde Ernsthausen, sogar jedenfalls vom Staatsanwalt (procurator fisci); daß es nicht mehr versucht wurde, lag wol darin, daß der zur Abgabe von Streuzeug Verpflichtete meist der Staat oder ein großer Grundbesitzer war, welche theils aus der Abneigung der hessischen Regierung gegen alle Ablösungen, theils aus Rücksicht auf die unter Umständen von einer solchen Ablösung schwer betroffenen Berechtigten oder auch wegen der damit verbundenen Schwierigkeit der Abfindung derselben, hin und wieder auch vielleicht deshalb, weil der Abgabe von Streuzeug ein geringerer Werth als der Ablösungssumme beigemessen wurde, die Ablösung unterließen.

Dieser etwaige Unterschied zwischen thatsächlicher und rechtlicher Möglichkeit der Ablösung ist aber durch das Gesetz vom 26. August 1848 beseitigt, da in Gemäßheit dessen vollständig genügenden Inhalts eine jede Ablösung auch thatsächlich vorgenommen werden konnte; und man darf dieß allein schon deshalb annehmen, weil gewiß die Gesetzgebung von 1848 nicht hinter der von 1832 zurückbleiben, sondern dieselbe ausdehnen wollte, und deshalb nur die vollste Befreiung von Grund und Boden anstreben konnte, wie dieß auch durch den Landtagsabschied vom 31. Oct. 1848 (Ges. Samml. v. 1848 S. 156) ausdrücklich bestätigt wird, indem dieser im §. 5 sagt, daß außer dem Lehnsverband auch „das sonstige Abhängigkeitsverhältniß des Grundbesitzes für erloschen" erklärt worden sei.

Endlich beruft sich der Referent bei Heuser XIII. a. a. O. auch noch darauf, daß die Ablösung der hier in Rede

stehenden Verpflichtung mit dem Zweck der Ablösungsgesetze nicht im Einklange stehe; die Ablösungsgesetze bezweckten nach seiner, jedenfalls nur zu billigenden, Ansicht die Entfesselung von Grund und Boden, insoweit dadurch die Ablösung allgemein und objektiv und nicht bloß für den jeweil Belasteten eine Last beseitigt werde, da nur der Fortbestand solcher Lasten den volkswirthschaftlichen Interessen widerstreite. Wie ich gezeigt, handelt es sich aber vorliegend um eine allgemeine und nicht bloß in einzelnen zerstreuten Fällen vorkommende Verpflichtung, und es spricht also die Ausführung des Referenten gerade für meine Ansicht. Daß das Zuchtvieh immer für das Vieh eines größeren Komplexes von Viehhaltern gehalten werden muß und sonach der Fortbestand dieser Verpflichtung den Berechtigten keineswegs schädlich, sondern sehr nützlich ist, auch darin stimme ich dem Referenteu bei, abet auch diese Gründe sprechen nicht gegen meine Ansicht; eine Berechtigung ist immer für den Berechtigten von Nutzen, und auch z. B. die Holzzucht kann nur in größeren Komplexen mit Nutzen vorgenommen werden. Alle diejenigen Lasten und Verpflichtungen aber sind volkswirthschaftlich als schädlich zu halten, derentwegen der Verpflichtete im Interesse des oder der Berechtigten an eine bestimmte Art Bewirthschaftung gebunden ist, wie also auch, wenn er, vielleicht ohne selbst das Zuchtvieh ausschließlich verwerthen zu können, wie der Besitzer eines kleineren Bauernhofs, eines Gasthauses, der Pfarrer oder die Gemeinde selbst, verpflichtet ist, im Interesse anderer Zuchtvieh zu unterhalten.

Man muß also, wie dieß auch in allen den erwähnten Rechtsstreiten von den Verpflichteten geltend gemacht wurde, die in Rede stehende Verpflichtung nach dem Gesetze vom 23. Juni 1832 für mindestens rechtlich ablöslich und sonach durch das Gesetz vom 26. Aug. 1848 für aufgehoben erklärt halten, und zwar sowol, wenn sie auf dem Besitz gewissen Grundeigenthums, eines Guts oder einzelner Grundstücke, oder auf dem Genuß gewisser Rechte haftet, oder wenn sie endlich der Gemeinde obliegt; denn wie im §. 4 gezeigt wurde, ist die Ver-

pflichtung in allen diesen Fällen der Regel nach eine Reallast. Die Grundsätze, nach denen die Ablösung stattfinden muß, sind aber, falls man trotz meiner obigen Darstellung die Bestimmungen des Gesetzes vom 23. Juni 1832 oder das dasselbe erläuternde Gesetz vom 31. März 1835 (Gesetz-Sammlung für Kurhessen, Bd. VII. Jahrgang 1835 S. 9 ff.) nicht für ausreichend halten sollte, in dem Gesetze vom 26. August 1848 in dessen §§. 6—19 enthalten.

Ob ich in allem, was ich in den vorstehenden Paragraphen auseinandersetzte, und wofür ich noch manches hier zur Erzielung thunlichster Kürze übergangene Beispiel anführen könnte, wirklich das Richtige getroffen habe, oder ob nicht mancher Schlußfolgerung eine ausreichend genügende Begründung abgehen möchte, mögen andere entscheiden. Aber schon allein das würde mich sehr erfreuen, wenn es mir gelungen sein sollte, durch die vorstehende Abhandlung die Aufmerksamkeit auf diese für die Landwirthschaft und die juristische Praxis so wichtige Frage hingelenkt und dadurch den Anlaß geboten zu haben, daß andere, wenn auch vielleicht durch Widerlegung meiner Ansichten, die vorliegend erörterten Fragen endgültig entscheiden möchten.

Anlage I.

Des Durchlauchtigsten Fürsten und Herrn Herrn Friedrich, Landgraffen zu Hessen, Fürst zu Herßfeld, Graffen zu Catzenellenbogen, Dietz, Ziegenhain, Nidda, Schaumburg und Hanau 2c.

Ritter des Königlichen Großbrittanischen Ordens vom blauen Hosenbande 2c.

Meines gnädigsten Landesfürsten und Herrn, Seiner Hochfürstlichen Durchlaucht, Ich gnädigst verordneter Amtsvogt

2c. 2c.

Diesem nach wird demselben solches mit allem Recht und Gerechtigkeit übergeben, daß er es nach seinem Wohlgefallen bauen dürffe, die alleinige Befugnüs habe die Nachbahren im Dorffe und die übrigen Amtsdorffschaften mit Kirmes-, Hochzeits- und Kindtauffen-Bier zu versehen, das Wirthshauß von allen Gemeinde und Herrschaftlichen Diensten, wie herkommens ist, befreyet, und nichts als Gnädigster Herrschaft Lehn sein soll. Daher gegen aber der Beizapffen nicht mitverkaufft ist, sondern so offt ein Gemeinde Nachbahr brauen will, Er Caspar Luck, daß solches in seinem Brauhauß, wann es ihm fünf Tage vorher bekannt gemacht wird, gegen Bezahlung eines Guldens zu leiden gehalten sein soll. Sodann soll er verbunden seyn, den Reit-Ochßen jährlich zu kaufen, gut zu füttern und unter die Heerde zu treiben. So oft er brauet Frischbier und Treber und zwar auf das Malter Maltz zwei Maas Treber und Zwey Botten voll Frischbier an die Nachbahrn, Schultze, Vorsteher, Aciis- und Tranksteuer-Erheber, Eichmeister, auch Pfarrer und Förster gegen das gewöhnliche Löse Geld geben.

ꝛc. ꝛc. ꝛc.

So wird dieser Gewehrschafftsschein unter Amts-Hand und Siegel ausgestellt.

So geschehen, Herrenbreitungen, den 20. Juny 1764.

Fürstl. Hessisch. Amt daselbst

Carl Bauer

(St. S.) p. c. amts Vogt.

Anlage II.

Wir Philips von gots gnaden Landgraff zu Hessen, Graue zu Catzenelnpogen zu Dietz zu Ziegenhain vnd zu Nidda, Thun kundt allermenniglich vnnd bekennen mit diesem Briefe, Nach dem sich zwischen Vnnsern lieben getreuen Hanß vnnd Philipssen vom Stein eins vnnd der gemeinde zu Barchfeldt sambt andern hernach benannten anderteils jrthumb vnd gebrechen erhallten haben, das wir dieselben zu befridung vnnd vmb vermeidung willen weiterung vnnd vncosten, durch vnsere Rethe in vnnser Cantzelei zu Marpurgk gnugsamlich vmheren vnd nachfolgender mas mit irem guten wissen vnd willen vertragen haben lassen, Anfenglich vnd zum ersten, soll es der Schefferei halben die zu Barchfeldt sein gehallten werden wie von alters wegen herkummen ist, Zum andern soll vnnser Amptmann daselbst

zu Parchfeldt ein Ochsen im Dorff halten, wie auch von altters=wegen herkumen ist, Zum driten so sollen die vom Stein zu Barchfeldt ein Eber halten vnd verschaffen das er gehallten werde vnnd sich keiner vff den andern behelffen vnnd ziehen, zum virdten soll es vnnser amptmann zu Barchfeldt mit dem Schenkhaus vnd dem Schanck hallten wie es auch von alters herkumen ist, zum fünfften die jrrung Philipsen vom Stein vnnd Clasen von Hausen anlangend soll es bey dem vertragk den vnnser Amptman zu Barchfeldt deshalben gemacht pleiben vnnd was derselbig vnnser amptman des gepfändten Kessels halben erkentt dabei soll es auch bleiben, Zum Sechsten die jrrung Philipsen vom Stein vnnd Jorg Sachssen betreffende, Soll Philips vom Stein Jorg Sachssen bei gericht vnd recht lassen pleiben, vnd jme ausserhalb rechts keins vnpurten weder mit worten oder werken gewarten, Zum Siebenden sollen die von Barchfeldt den vom Stein jre dinste wie von alters her=kummen ist vnd sich gepurt vnabbruchlich vnd vnuerhallten thun, darüber die vom Stein sie auch mit weithern diensten nicht beschweren sollen, Zum achten so sollen die dinst zum Burckfrieden von den von Barchfeldt auch gethan werden wie das vom herkummen vnnd sich geburt, Zum Neundten das vmspruchgelt betreffende soll dasselbig hinfurter vff das viech vnd die antzal der menner vnd nit der vom Stein nutzung gesetzt werden, Zum zehenden der Gemein halben Nachdem den vom Stein gestanden wirt das sie soliches Ererbt vnd zum teil erkauft haben, soll solich gemein bei jne pleiben, zum Elff=ten des fischwassers halben genant die Fisch soll vnnser Ampt=man zu Barchfeldt darumb gehört vnd darnach deßhalben auch weiter bescheidt darinn gegeben werden, Zum zwelfften vnnd letzten die jrthumb zwischen denen vom Stein eins vnd die Eberten das steinnich belangende, Mögen die Eberten beybringen das sie die nechsten vorschienen zehen jare, jerlichs virtzehen mas korns dauon zu zins außgericht vnnd bezalt haben, So sollen sie als=dan mit Hanssen vnd Philipssen vom Stein der henn vnd gelt zinns halben von deneselben vorschienen jehen jaren sich berech=nen vnnd was sich aufstendigs befindet bezalen vnd hinfurter bei dem Steinich pleiben doch vmb den zinß den sie bißher geben ferner jerlich zu geben, Wurden aber die Eberten nit beweisen oder beibringen mugen, das sie die virtzehen mas korn die vorschienen zehen jare bezalt hetten, So sollen sie sich als=dan vnd zustunden des Steinichs selbst entsetzt vnd Hans und Philips vom Stein ein freien zugang als jrem eigen gut dar=

tzu vnuerhindert haben vnd soll berurte beweisung zwischen hie vnd Michaels bescheen. Vnd himit diessen brieu alle vnd iede obberurte gebrechen zwischen den partheien gänzlich hingelegt vnd vertragen sein vnnd pleiben, On geuerde, des zu vrkundt haben wir jedem Teil diß vnnsers vertrags einen gleich lauten brieff vnter Vnserm furstlichen vffgedruckten jnsiegell gegeben, zu Marpurgk Freitags nach Joannis Baptistae Ao Dmi Millesimo Quingentesimo Decimo octavo.

(Abschrift einer alten (vermuthlich gleichzeitigen) im Freiherrlich von Steinschen Familienarchiv zu Barchfeld befindlichen Abschrift des Originals.

Anlage III.

Von Gottes Gnaden Wir Wilhelm der I. Kurfürst und souverainer Landgraf von Hessen rc.

Urkunden und bekennen hiermit, daß Wir das Uns eigenthümlich zustehende, früherhin verpachtet gewesene, in der Vogtey Blankenheim liegende sogenannte Klosterguth zu Lispenhausen, nebst allen Zubehörungen, wie dieselbe in dem darüber errichteten Inventarium näher beschrieben sind, nebst dem bisher dazu gehörig gewesenen Zehnten, vermöge der auf den Bericht Unserer Ober-Rent-Kammer, unter dem 26. März 1816 ertheilten allerhöchsten Resolution, den Einwohnern Johannes Hildebrandt und Johannes Stückradt daselbst nunmehr von Trinitatis 1816 an in Erbleihe verliehen haben.

Wir thun das auch hiermit und Kraft dieses Briefs dergestalt, daß sie und ihre Erben männlichen und weiblichen Geschlechts dieses Guth und dessen Zubehörungen erbleyheweise inhaben und nach bestem Vermögen jedoch hauswirthschaftlich und dortigen Landesart gemäß benutzen, Alles in guter Cultur und Besserung, richtigen Grenzen und Maalen, etwa hergebrachten Freiheiten, Gerechtsamen und Befugnissen getreu erhalten, keine neue Beschwerung, welche nicht als allgemeine Regel festgesetzt ist, oder nicht auf die Landesverfassung sich gründet, darauf bringen lassen, noch etwas davon ohne Vorwissen und ausdrückliche Bewilligung Unserer Ober-Rent-Kammer vertauschen, verpfänden, verkaufen oder sonst auf eine andere Art veräußern, noch weniger auf demselben etwas verwüsten, schmälern, entziehen oder abkommen, noch wüst und ungestellt liegen lassen, oder sonst auf irgend eine Weise, so wenig an den Gebäuden, welche sie der bestehenden Verordnung gemäß, jederzeit bei der Brandassecuration zu verhalten haben, als

Gärten, Wießen, Ländereyen etwaiger Hude-Trift und anderen Gerechtsamen etwas vernachlässigen, auch daß Andere, besonders die Ihrigen solches thun, nicht gestatten, desgleichen den Zehnten, wie solcher seit langen Jahren ist gesammelt worden, ferner ziehen und nichts, was zehntbar ist, ungezehntet lassen, von den Zehntländereyen aber eine Specification aufstellen, und selbige, nachdem sie von dem Greben und den Vorstehern Namens der Zehndpflichtigen unterschrieben und von Unseren Beamten beglaubigt worden, an Unsere Oberrenthkammer einliefern, außerdem aber Unsere Zehnt-Ordnung pünklich befolgen, mithin sich überhaupt, wie es getreuen Erbbeständern gebührt, betragen sollen. —

Von der Benutzung dieses Guts, der dazu gehörigen Grundstücke und des Zehntens haben dieselben jährlich, und zwar unter solidarischer Verbindlichkeit, auf Michaelistag jeden Jahres Achtzig Rthr. an Geld, Sieben Viertel Korn, Zwei Viertel Waitzen, Sieben Viertel Gerste und Sieben Viertel Hafer, Homberger Maas guter Marktreiner Frucht zum Erbleyhezinß in die Vogtey Rechnung Blankenheim, ferner, so wie bisher geschehen müssen, Zehn Malter Korn und Acht Malter Hafer an den Pfarrer, desgleichen Sechs Garben Korn und Sechs Garben Hafer an den Schullehrer zu Lispenhausen und zehn Malter Hafer in die Fürstlich Rothenburgische Receptur, auch Sechs Metzen Vogthafer an die Gemeinde und Sechzehn Alb. an die Renthercy Blankenheim, und zwar die Früchte sämmtlich in Homberger Maas unweigerlich zu entrichten, nicht weniger dem Dorfe Lispenhausen hergebrachtermaßen, einen Reit-Ochsen und einen Eber unentgeldlich zu halten, auch alle sonst auf dem Guth haftende oder diesem zur Last fallende Abgaben, sie mögen Namen haben wie sie wollen, ohne irgend eine Zurechnung auf den Erbleihezinß zu berichtigen, hieran aber niemals einigen Erlaß für Hagelschlag, Mißwachs, Kriegslasten, oder unter irgend einem sonstigen Prätext zu suchen oder zu hoffen.

Da nun die Erbleihebeständer für die Erlangung dieser Erbleihe Vierhundert Rthr. Laudemiengelder in Unsere Rentherey Hersfeld erlegt haben, so sollen auch sie und ihre Erben, so lange sie sich dieser Verbriefung gemäs betragen, wie sie dieses Alles bey dem dortigen Amt vorsprechen, und ihren Reversbrief ausgestellt haben, um eines höheren Zinses oder liebern Zinßmanns willen, von diesem Guth nicht verdrängt und diese Erbleihe nur in dem Falle, wenn Wir oder Unsere Kurfürstliche

Nachkommen das Guth in eigene Stellung oder Administration, mit Ausnahme der darunter nicht begriffenen anderweiten Verpachtung, nehmen wollten, wieder aufgehoben werden, in welchem Falle die Zurücklieferung desselben nach dem gedachten Inventarium über die Pertinenzen und der dermaligen Taxation der Gebäude geschehen, die erweislichen Meliorationen den Erbleihbeständern oder deren Erben nebst Zurückgabe jener vierhundert Rth. Landemiengelder hingegen die Deteriorationen von ihnen ebenfalls bezahlt werden sollen. Wenn aber die Erbbeständer ohne Hinterlassung von Leibeserben, hiernächst absterben, so soll dieses Guth Uns wieder heimfallen und ihren nächsten Erben und Anverwandten nur der Betrag der Bau- oder Reparationskosten, nach vorgängiger Taxation und nach Abzug oder mit Anrechnung des bey der jetzigen Ueberlieferung bestandenen Werthes der Gebäude, vergütet, indessen aber diese Erbleihe bei allen und jeden sowohl auf Seiten des regierenden Landesfürsten zu Hessen, als eines der beiden gemeinschaftlichen Erbbeständer sich zutragenden Veränderungen recognoscirt, neue Verbriefung darüber ausgewürkt und davon in ersterem Falle Zwanzig Rthr. im andern Falle aber Zehn Rthr. Recognitionsgeld, in die Vogtey-Rechnung zu Blankenheim zur Berechnung bezahlt werden.

Zur Urkunde ist dieser Erbleihebrief bei Unserer Oberrenthkammer ausgefertigt von Uns allerhöchst eigenhändig unterschrieben, und mit Unseren Kurfürstlichen Geheimen-Canzlei-Siegel, bedruckt worden.

So geschehen Cassel, den 1. October 1818.

Wilhelm K.

(St. S.) vdt. Witzleben.

Anlage IV.

Zu wißen, nachdeme Juncker Hanß Ernst Trotte und die beyde ihme zugethane Manne als Hanß Klöpfel und Andreas Grunewald ahn einem: sodann die Dorfschaft Schwarzenhasel am andern Theill wegen der Viehhuden und anderer Posten eine geraume Zeit über in beschwehrlichen Mißverständten und Irsaalen gegen einander gestandten, darüber respective in Kostbahren Proceß gerathen und darin bereits ziemblich tief eingestiegen, bey ihnen den Partheien auch zwar zu offtermahlen die Güte mit ahngelegenem Fleiß versucht, jedennoch bis dahero nichts verfangen wollen, darzu aber bey heut abermals ahnbe-

namten Termino einige nähere Verahnlassung ins Mittel kommen.

Daß demnach solche differentzien auf angewandte viele Bemühung und beschehene remonstration endtlich mit allerseitigem guthem Wißen und Belieben und zwarth in sein Hanßen Klöpfels als Bevollmächtigten von wegen gemelten seines Junkern Hans Ernst Trottens und der gantzen Gemeindte Gegenwartt folgender gestallt gäntzlich abgethan undt zu Grundte verglichen wordten. Als nemblich

1) erstlich sollen und wollen allerseits Partheyen und interssenten die biß daher wiedereinander geführte Irungen Streit und Rechtfertigung hiermit lediglich uffheben, cassiren, und allerdings fallen laßen, auch was desfalls etwan in Worten und Werken zur Ungebühr fürgangen vergeßen und deßen nicht mehr gedenken.

2) Soll und mag Junker Hanß Ernst Trotte gleich wie zu voren geschehen, sein Vieh, so viel er deßen halten kann von dato wieder unter den gemeinen Dorffs hirtten treiben lassen und sich zusambt seinen Nachkommen aller Endts der gemeinen Huden im Feldt und Holtz, ohne einige Behinderung mitgebrauchen, desgleichen dann auch seinem Meyer undt übrigen bey Ihme wohnenden Leuthen zugelaßen ist und bleibt.

3) Dargegen aber soll und will er der Junker und nach Ihme seine Nachfolgere von allem Viehe das Kuh-Geld zu jedemmahl ohneweiger- und ohnverzüglich in die Gemeinde entrichten dergleichen auch absonderlich der Meyer und übrigen Leuthen, so sich bey Ihme uffhalten und darneben in specie Hanß Klöpfell und Andreas Grunewald von Ihrem Viehe zu thun schuldig seyn sollen, doch mit dem Vorbehalt, daß Ihme dem Junker und Ihnen den Leuthen von der Dorffschafft Haasell von jedem Stück nicht mehr als was gewöhnlich ahngesetzt und abgefordert werde, sodann weniger nicht verpflichtet er sich sowohl als auch itzt erwähnte Leuthe dahin, die auf den Hirtten gehende onera und spesen alß die Hirtschütte waß uff das Hirthauß des Hirtten Abzahlung und darzu sonst mehr erfordert wird, nach billig mäßiger proportion mit abzutragen, item will er der von Trott einen Brüll Ochsen unter das Dorff-Vieh jährlich frey und ohne der Gemeinde Kosten halten und darüber noch seine Huebe im Guttels, soviel das oberste Gehöltze überm Guttells belangt, und das Siegels bey die Dorffhuebe wiederumb geben also daß die Gemeinde Schwartzenhaasell sich deren gleich vohrmahlst mitzubedienen haben soll.

4. Nachdeme Hanß Klöpfell bey bißheriger contributions-ahnlage Sechzehn Heller jedesmahl der hiesigen contributions-heber entrichtet ein jeder von den Dorffsnachbahrn aber Sechzehn Heller darüber noch gegeben und dahero die Gemeinde Haasell damit nicht zufriedt sein, sondern ein mehreres precten-diren wollen; allso ist solcher Posten dahin verglichen, daß er Klöpfell hinfüro undt so lang das itzige contributionsquantum stehet, zu seinem contingent allemahl zwei albus davon Acht Heller der Gemeinde und Sechtzehn Heller dem contributions-einnehmer geliefert werden, beytragen, undt darnach es falle oder steige die contribution die proportion und ob mans Jeder-zeit genommen, weder sie die Gemeindte auch deshalber von ihme weiter nichts fordern soll noch will, doch alles mit der Bescheidenheit, daß solche Vergünstigung länger nicht alß uff sein Klöpfels leben, In deme er sich gegen die Gemeinde alle Wege verträglich erwießen, bestehen nach seinem Todt aber die Inhaber deßen Haußes eben daßjenige vollkömblich in contri-bution verrichten sollen, waß Grunewalts Freyhauß in folgen-dem Posten auf die darin exprimirte maaße thun und ab-tragen muß.

5) Als auch zwischen der Gemeinde und Andreas Grune-waldten wegen des Umbschlags von seinem dienstbahren Hauße im Dorf und dessen Verhaltungen einiger Streit vorgefallen, Alß hatt dieser Poste dahin seine gütliche Erledigung bekommen, daß er Grunewaldt versprochen, solch Hauß wie ein ander Mann in der Dorffschaft das seinige verhelt, von dato ahn hinkünftig vollkömblich in contribution undt gehenden Diensten so lang zu verhalten biß er einen Mann oder eines von seinen Kindern hineinsetzen wird, welcher alß dann solch Hauß vor Ihn gantz verstehen soll und muß; doch ist hierbei zu beob-achten, daß er Grunewaldt biß dahin von seinem Freyhauß die bisherige Sechzehn Heller so lange sie nicht steigen oder fallen, dem nach dem contributionen halber Jedesmahl absonderlich mitt entrichtet. Wann aber er Grunenwaldt einen Mann ins dienstbare Hauß gesetzet, soll er gleich wie die Adeliche Hinter-saßen zu Lispenhaußen wegen der Mannschaft ahn contribution eben das, waß ein ander Mann auch thut ohnweigerlich ver-richten, dargegen er Grunewaldt sowohl alß obgemelter Klöp-fell und Ihre Erben aller gemeinen Nutzungen und Gebräuche mitgenießen sollen.

6) Hiernächst und dieweill die Gemeinde ahn ihn Grune-waldten wegen der uff den bisherigen Proceß uffgewendeter

Unkosten Ergetz- und Ersetzung begehret, derselbe aber darwider eines und anderst eingewendet; Alß hatt er demnach uff zusprechen endlich Ihnen den sämtlichen Nachbarn auß guthem Willen eine Ohme Bier zu vertrinken ahngebotten darmit sie auch wohl zufrieden gewesen.

Letzlich hat sich die Gemeinde reserviret dafern der Juncker und übrige Leuthe obenent obige Posten wegen der Huebe und sonsten künftig über kurtz oder lang wieder Zuversicht zu wiederfechten und nicht zu halten sich unternehmen würdten daß sie alsdann in dem Stande worin sie vor dem Vergleich in processu gewesen, gentzlich wiederstehen wollte, dargegen sich sodann dieselbe ebenmäßig Ihre Nothdurft vorbehalten.

Undt dessen allen zu stets währender vester undt unverbrüchlicher Haltung, haben allerseits Partheyen nicht allein einander die Hände gereichet und uns die Beamten inständig ersucht, solchen Abschiedt mit unser unterschrift und Siegelung zu vollziehen so wir uff ihre Bitte, doch unß ohne Nachtheil gethan zu haben bekennen, sondern es hatt auch zu mehrer Bestättigung der von Trotte sich gleichmäßig unterschrieben, und sein adelig Pettschaft beygedruckt Hanß Klöpffell und Andreas Grunewaldt aber vor sich undt dann Jost Blackerdt als jetziger Vorsteher wegen der Gemeinde Ihre Nahmen unterzeichnet.

Geschehen zu Rotenberg am 28. Juny Anno 1667.

(St. S.) Theodorus Benjamin Stückradt
(St. S.) Hanß Ernst Trott
Hanß Klöpfell
(St. S.) Peter Stückradt
Jost Blackert
Andreas Grunewald

VI.

Ist der Großherzoglich Hessische Fiskus berechtigt, und in welcher Weise, eine an sich nichtige Schenkung unter Lebenden nach des Schenkers Tod anzufechten, um die Collateralgelder zu erlangen, welche er, wenn das verschenkte Objekt durch Erbschaft, Legat, oder mortis causa donatio übergegangen wäre, oder übergeht, zu fordern hätte oder hat?

Von
Herrn Otto Hofmann,
Hofgerichtsadvokat in Darmstadt.

Die Anfechtung einer Schenkung unter Lebenden pflegt im praktischen Rechtsleben Seitens des Gr. Fiskus nicht selten und zwar regelmäßig auf folgende Weise zu geschehen:

der Gr. Fiskus wendet sich zunächst, wenn das betreffende Untergericht in Folge der Bestreitung der Steuerpflicht seinen Bericht erstattet und vorläufig jedes weitere Verfahren eingestellt hatte, an dieses Gericht mit dem Verlangen:

> ein Inventar über den Nachlaß des verstorbenen Schenkers aufzunehmen und danach die Collateralgelder (5 pCt. vom reinen Vermögen) zu berechnen, damit sie dann demjenigen, welchen der Fiskus für den Zahlungspflichtigen hält, angefordert werden.

Widerspricht dieser Angegangene, indem er behauptet, den fraglichen Nachlaß auf Grund einer Schenkung inter vivos zu besitzen, seiner Verbindlichkeit zur Zahl von Collateralgeldern, so stellt der Fiskus hierauf eine förmliche Klage an*).

I. Es ist nun zuvörderst das erste Stadium der Schritte des Gr. Fiskus zu beleuchten und namentlich zu untersuchen, ob er das Recht hat, einem Dritten gegenüber, der auf Grund einer Schenkung besitzt,

eine Inventaraufnahme zu begehren.

Nach der Praxis unserer Gerichtsbehörden soll dem Verlangen des Fiskus wegen Aufnahme eines Inventars, um die Collateralgelder festzustellen, stets entsprochen werden. Wir finden eine gründliche Nachweisung über diese Praxis im:

Arch. f. pr. R.-W. N. F. 6. Bd. auf S. 103—107 (von Hofg's-Rath Weber.)

Es geht aus dieser genauen Mittheilung über erwähnte Praxis hervor:

daß man die Gerichte in Bezug auf die Collateralsteuern als Hülfsbehörden der Steuerbehörden (die Untergerichte als insoweit untergeordnet der Steuerdirektion), in Gemäßheit einer Ministerial-Bekanntmachung vom 14. Dezember 1822, (Reg.-Blatt S. 535) betrachtet,

und

daß man die einstweilige Inventaraufnahme, wo die Verpflichtung zur Zahlung der Collateralgelder bestritten ist, als eine provisorische Maßregel ansieht, ohne welche, wenn bis zum Austrag des Prozesses mit der Inventur gewartet werden sollte, das betreffende Vermögen nicht mehr mit gehöriger Sicherheit ermittelt werden könnte.

---

*) Anmerkung. Ueber die Frage, bei welchem Gericht diese Klage anzustellen ist, s. dss. Arch. Bd. X. der ersten Folge S. 163 ff. und Bd. VII. der N. F. S. 330 ff. (forum contractus unter Umständen).

Hofg's-Rath Weber hat, in der citirten Mittheilung im Archiv, hervorgehoben, daß das übliche Verfahren unserer Gerichte in früherer Zeit und bis 1843 ein anderes, als jetzt, gewesen ist. Die Gerichte gingen früherhin sogleich und ohne daß eine förmliche Klage des Gr. Fiskus abgewartet wurde, auf die Frage nach der Verpflichtung des Bestreitenden zur Zahlung der Collateralgelder ein und entschieden darüber. In neuerer Zeit ist es betont worden, daß die Frage über die Verpflichtung zur Zahlung dieser Art von Steuern in einem förmlichen Rechtsstreite zu behandeln sei, daß man also den Fiskus auf den Klagweg verweisen müsse, und erst seitdem trat auch die Frage schärfer hervor, ob nicht wenigstens und einstweilen in solchen Streitfällen ein Inventar aufzunehmen sei.

Es lassen sich darüber bedeutende Bedenken erheben.

a. Der Gr. Fiskus hat ganz gewiß nicht das Recht, eine Inventaraufnahme zu verlangen, wenn er zweifellos nicht das Recht hat, Collateralgelder (oder auch das verschenkte Vermögen selbst als ein bonum vacans) zu beanspruchen. Also steht die Inventaraufnahme in einem Verhältniß zum Recht auf Collateralgelder, wie die Folge zum Grund, wie die Wirkung zur Ursache. Die Inventaraufnahme ist unter Umständen ein recht empfindliches Ding für denjenigen, welchen sie betrifft. Daß der Fiskus da, wo seine Berechtigung zu Collateralgeldern außer Zweifel steht, eine Inventaraufnahme verlangen kann, ja, daß sie alsdann Statt finden muß, ergibt sich klar aus dem §. 9 der Verordnung vom 11. August 1808. Nur gestattet dieser §. 9 dem Betroffenen die Aufnahme eines Privat-Inventars, also ohne gerichtliche Mitwirkung. Diese damals, zur Zeit ihres Erlasses, unbeschränkte Bestimmung muß sehr bald in ihrer Unbeschränktheit als bedenklich erschienen sein. Denn schon die Verordnung vom 12. März 1810, welche durch ein Ausschreiben Gr. Hofg's der Prov. St. v 25. September 1834 noch besonders eingeschärft wurde, verfügt, daß die Aufstellung eines Privat-Inventars binnen einer unerstreckichen Frist von 6 Wochen vom

Todestage des Erblassers an um so gewisser geschehen sein müsse, als sonst die Justizbehörden zur gerichtlichen Inventur unnachsichtlich zu schreiten hätten. Denkt man sich nun einen Fall, wo Jemand ohne Testament gestorben ist, welcher solche Verwandte hinterläßt, die casu quo collateralsteuerpflichtig sein würden, wo aber dieser Jemand

sein ganzes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögens einer dritten Person unter Lebenden geschenkt hatte,

so daß, wenn diese Schenkung giltig ist, gewiß keine Berechtigung des Fiskus auf Collateralgelder besteht, so statuirt unsere Gerichtspraxis, indem sie die sofortige Inventarsaufnahme für berechtigt erachtet, doch eigentlich, daß dasjenige, was nur Folge sein sollte, in ein anderes Verhältniß gesetzt wird; sie statuirt eine unter Umständen höchst unangenehme, mit schädlichen Wirkungen verknüpfte Maßregel, welche sich hinterher als völlig unberechtigt ergeben kann.

b. Die Inventarsaufnahme wegen der Collateralgelderansprüche des Fiskus kann und soll keinen andern Zweck haben, als die Höhe der Summe dieser Steuer im einzelnen Fall (und vielleicht noch die Theilverpflichtungen etwaiger mehrerer Erben &c.) zu ermitteln. Denn die Steuer richtet sich, indem sie in einem Prozentsatz (5 pCt. vom reinen Vermögen) besteht, genau nach der Größe des (reinen) Vermögens, deducto aere alieno. Die Inventarsaufnahme erscheint als ein wesentliches Glied im System der fraglichen Besteuerung, etwa so, wie die Einschätzung der Pflichtigen bei der Einkommenssteuer, die Bonitirung bei der Grundsteuer. An sich selbst ist also die Inventarsaufnahme bei der Collateralsteuer keine provisorische Maßregel. Indem man die Inventaraufnahme für sich allein verordnet, ohne daß noch Gewißheit über die Steuerverpflichtung überhaupt vorliegt, reißt man die Glieder eines Ganzen auseinander, während doch jedes einzelne dieser Glieder für sich keinen selbstständigen, wirksamen Bestand haben kann, so wenig, wie ein Hammer ohne Hand oder Handgriff.

Beiläufig sei hier erwähnt, daß nach der Praxis unseres höchsten Gerichtshofes im Allgemeinen niemals zur Ermittelung der Größe oder zum Beweise von Ansprüchen Seitens eines Gläubigers die Errichtung eines Inventars über das Vermögen des Schuldners begehrt werden kann (Gebr. Hofg's-Notizen Nr. 138). Die gegentheilige Mittheilung in dem Arch. f. pr. R.-W., Bd. III. der 1. Folge auf S. 256, welche dahin geht, als hätte das Gr. O.-A.-G. die Inventaraufnahme zum Zwecke der Ausmittelung der Größe des Vermögens eines, wegen Verlöbniß-Bruches, der außerehelich Geschwängerten zur Satisfaktion Verpflichteten für zulässig erklärt, ist irrig.

Vgl. Rel. zum Urtheile Gr. Hofg's der Prov. St. vom 3. November 1869 in S. des F. B. Diefenbach von Bensheim, Bekl., Klanten g. Elise Wilch in Auerbach, Forderung betr.

Natürlich hat es mit der Aufnahme des Inventars, zum Zweck der Ermittelung der Höhe der Collateralsteuer in jedem einzelnen Fall, eine ganz andre Bewandtniß; hier ist die Inventur gesetzlich vorgeschrieben und völlig unerläßlich.

c. Untersucht man aber näher, in wie fern und weit die Gerichtsbehörden in Bezug auf Collateralsteuer als

Hülfsbehörden der Steuerbehörden

erscheinen, so wird Folgendes klar einleuchten. Die deßfallsigen Verpflichtungen der Gerichte beschränken sich auf zweierlei Momente:

1) auf die Kundgebung von jedem vermuthlichen Collateralsteuerfall an die Steuerbehörde und

2) auf die Inventars-Aufnahme, und -Abschließung, so oft nicht zeitig ein Inventar privatim errichtet ist.

Man hat die Inventars-Aufnahme den Gerichtsbehörden — und nicht den Steuerbehörden selbst wohl in folgenden Erwägungen übertragen:

α. weil häufig ohnedies in derartigen Fällen wegen anderer Umstände (Erbtheilung, Betheiligung Bevormun-

deter 2c.) gerichtliche Inventur Statt finden muß (cf. §. 9 der Verordnung von 1808), und

β. weil zur richtigen Aufnahme und zum richtigen Abschluß von Inventarien oftmals specielle juristische Kenntnisse nöthig sind.

Insbesondere kommt es vor, daß ein Testament ausgelegt werden muß, daß Vermögens-Branchen auszuscheiden sind, wobei die Bestimmungen der Landrechte einschlagen, daß Ersatzposten zu bilden, Pflichttheile, Prälegate zu berechnen sind, wobei oft schwierige juristische Streitfragen in Betracht zu ziehen sind, Was Alles den Steuerbehörden nicht geläufig und nicht zuzumuthen ist.

Weiter aber, als hier angegeben, geht die Gehülfenschaft der Gerichtsbehörden gegenüber den Steuerbehörden wohl nicht. Daß namentlich der Richter, wenn die Collateralsteuerpflicht bestritten ist, sich über seine allgemeinen Richterpflichten, das Recht und dessen Formen zu wahren und zu schützen, zu Gunsten der Steuerbehörden hinwegsetzen dürfe, ist nirgends, namentlich nicht in der citirten Ministerial-Bekanntmachung von 1822, vorgeschrieben und widerspricht dem Wesen des Staates und der Gerichte. Also auf den Grund der Eigenschaft der Gerichte als Hülfsbehörden der Steuerbehörden kann man die Praxis,

daß in Fällen der bestrittenen Collateralsteuer-Pflicht doch immer ein Inventar sofort aufzunehmen sei,

wohl kaum stützen. Will der Betroffene kein Inventar aufnehmen lassen, so wird er dem Fiskus gegenüber zur Partei in einem Rechtsstreite, und hier gebührt alsdann dem Richter, gemäß seiner heiligen Obliegenheiten, einzig und allein die unparteiische Stellung des Richters in streitigen Rechtsfällen. Es muß also alsdann auch über die Verbindlichkeit des angeblich Verpflichteten zur Errichtung eines Inventars verhandelt und entschieden werden, und dabei wird es wie von selbst sich ergeben, daß die Verpflichtung zur Entrichtung der Collateralgelder der Präjudizialpunkt ist, über welchen eigentlich vorerst

zu entscheiden wäre, bevor zur Inventur geschritten werden darf.

Wenn z. B. ein wegen Errichtung des Inventars für Ermittelung der Collateralgelder Angegangener erklärt, er sei nicht **Erbe**, nicht **Legatar** des betreffenden Verstorbenen und nehme dessen Erbschaft, oder Legat, nicht an, **schlage vielmehr aus**, so ist **sofort** klar, daß er sich, abgesehen von dem unten zu Erörternden, keine Inventarsaufnahme gefallen zu lassen braucht, eben weil die hauptsächlichste Voraussetzung zur Collateralsteuerpflicht — die Eigenschaft als Erbe rc. — bei ihm nicht zutrifft. So wenig darf der Richter einem ganz ungerechtfertigten Verlangen des Fiskus, daß ein Inventar aufgenommen werde, unter dem Vorwand einer offenbar unzulässigen Collateralsteuerforderung, z. B. bei Beerbung des Sohnes durch den Vater, entsprechen, als der Richter überhaupt zu einer Verletzung der Gesetze die Hand reichen darf. Er hat demgemäß in thesi die Inventarsaufnahme zu unterlassen; sobald die Verpflichtung, sie sich gefallen zu lassen, aus nicht sofort als hinfällig und nichtig erscheinenden, vielmehr aus solchen Gründen, über welche vorerst zu verhandeln und zu entscheiden ist, bestritten wird.

In andern deutschen Staaten, z. B. in Preußen, ist freilich die Sache anders gesetzlich geordnet, und es würde sich vielleicht auch für das Großherzogthum empfehlen, hier gesetzliche Bestimmungen anderer Art, als sie bestehen, im öffentlichen Interesse einzuführen, zumal durch die einstweilige Inventaraufnahme dem Richterspruch über die Collateralsteuerpflicht niemals vorgegriffen werden kann und soll. Wie die Gesetzgebung im Großherzogthum nun einmal besteht, ist **nicht** aus derselben zu entnehmen, daß immer auch schon dann, wenn ein Collateralsteuerfall nur **indizirt** oder **möglicher Weise** eingetreten sei, vorläufig ein Inventar unter allen Umständen aufzunehmen sei. Keins der Gesetze rc., welche über die Collateralsteuer erlassen sind.

Verordnung vom 11. August 1808;
" " 12. März 1810;
" " 8. Juni 1821, (S. 237 des Reg.-Bl.);
Finanzgesetz vom 8. Juni 1821, (S. 237 des Reg.-Bl.);
Ministerial-Bekanntmachung vom 6. Juli 1822, (S. 223 des Reg.-Bl.);
Finanzgesetz von 1842, §. 4., (S. 325 des Reg.-Bl.)
enthält eine Vorschrift bezüglich einstweiliger Inventarsaufnahme, wenn die Collateralsteuerpflicht bestritten ist.

Nur das wird man zugeben müssen, daß die Collateralsteuer als eine öffentliche Last auf der Erbschaft, dem Legate rc. haftet. Dies ergibt der Wortlaut im §. 1 der Verordnung von 1808:

„Alle Erbschaften, Schenkungen von Todeswegen und Vermächtnisse, welche rc. sind dem Beitrage von $2^1/_2$ (später 5) pCt. rc. unterworfen,"

und ergeben die Vorzugsrechte, welche dem Gr. Fiskus schon nach früheren Gesetzen und jetzt nach Artikel 21 Nr. 1 des Gesetzes vom 15. September 1858 über die Rangordnung der Gläubiger, eingeräumt waren und sind. Eine eigentlich dingliche Natur kann man indessen der Collateralsteuerforderung doch nicht zuschreiben, während andere Steuern, namentlich die Grundsteuern, als dingliche Lasten auf den betreffenden Steuerobjekten ruhen.

d. Es mag und wird allerdings Fälle geben, in welchen die Inventarsaufnahme, obgleich sie bestritten ist,

als eine provisorische Maßregel wird verfügt werden dürfen und müssen. Dies wird überall da und dann der Fall sein, wo und wenn Gefahr droht und bescheinigt vorliegt, daß ansonst die Inventaraufnahme und die Berechnung der Collateralgelder überhaupt nicht, oder nur mit erheblich größeren Schwierigkeiten wird vorgenommen werden können, z. B. wenn der angeblich Pflichtige auswandern oder weithin abreisen will, ein Verschwender ist, Veräußerungen in doloser Absicht gegen den Fiskus vornimmt, u. s. w. Der Richter

wird im einzelnen Falle zu ermessen und zu befinden haben, ob die provisorische Maßregel eintreten darf, oder nicht. Der Richter ist, wie bemerkt, in dieser Beziehung und sobald Streit erhoben wurde, nicht Hülfsbeamter der Steuerbehörden, sondern schon Richter der streitigen Gerichtsbarkeit. Die Lehre von den Provisorien wird in den Prozeß-Compendien

z. B. v. Linde, Civilprozeß §§. 334, 111, 376 not. 5, 47 not. 5 und 385 not. 3 (4. Aufl.).

Gensler, Commentar zu Martins Prozeß Bd. II. §. 302 S. 228 ff.

abgehandelt. — Der Richter wird die provisorische Maßregel in den gedachten Fällen wohl auch

ohne förmlichen besonderen Antrag der Steuerbehörde abwarten zu müssen,

verfügen können und sollen, da er allerdings in dieser Hinsicht wieder selbst als ein Beamter des Steuerfiskus wird angesehen werden dürfen. Dieser letztere hat, so ist wohl anzunehmen, — ein für allemal durch die gesetzlichen Vorschriften und verordnungsmäßigen Einrichtungen den Gerichten den Auftrag ertheilt, das Nöthige, soweit vor Beginn eines förmlichen Rechtsstreits über die Collateralsteuerpflicht selbst thunlich und erforderlich, vorzukehren, damit die Steuer dem Staate nicht verloren gehe. Am Richter ist es, die geeigneten berichtlichen Anzeigen in den einzelnen Fällen an die Steuerbehörden zu erstatten. Sie werden gerne gutheißen, was er im Staatsintresse zu thun für nöthig oder zweckdienlich befand.

Uebrigens ist die Aufnahme eines Inventars zur Feststellung einer Vermögensmasse fast regelmäßig keine so eilige Sache, als es auf den ersten Blick scheinen möchte. Wird doch das Inventar oft erst Jahre, ja sogar Jahrzehnte nach dem Tode dessen, um dessen Nachlaß es sich dabei handelt, aufgenommen und auf den Todestag des Abgelebten*) zurück bezogen

*) Bezüglich der Collateralsteuer ist die Berechnung auf den Todestag zu machen; vgl. Ministerial-Bekanntmachung vom 6. Juli 1822, Reg.-Bl. S. 223.

und eingerichtet! Zum Beispiel beim Ueberschreiten eines überlebenden Gatten zur zweiten Ehe. Ja, kein einziges Inventar wird sofort bei eingetretenem Todesfall errichtet, und sogar die sechs Wochen, welche das Gesetz in Collateralsteuerfällen den Pflichtigen zur Aufnahme eines Privatinventars gestattet, bieten der böswilligen Unredlichkeit Frist genug, um Betrügereien verüben und die genaue Ermittelung des Nachlasses verhindern zu können. Der Manifestations-Eid, welcher gefordert werden kann, darf auch noch nach Jahren verlangt und geleistet werden und bietet alsdann im Wesentlichen dieselbe Garantie, wie einer, welcher früher geleistet worden wäre.

Es kommt nicht selten im Rechtsleben vor, daß sowohl die Richter, als auch die Steuerbehörden erst lange nach dem Ableben einer Person davon Kunde erlangen, hier wäre eigentlich wegen der Collateralsteuer sogleich einzuschreiten gewesen. So hatte in einem Fall in der Provinz Oberhessen eine ledige Schwester mit ihrem einzigen Geschwister, einem verheiratheten Bruder, nach der Eltern Tode zusammen gelebt und mit diesem Bruder das elterliche Erbe gar nicht getheilt, sondern einen Schenkungs- und Verpflegungsvertrag ohne Insinuation abgeschlossen: sie war dann gestorben; das Ortsgericht erstattete keine Sterbfallsanzeige, und es verstrichen circa 10 Monate, bis das Gericht mit der Sache befaßt ward. — Ein andresmal ereignete sich Folgendes:

Jemand schenkte unter Lebenden, jedoch ohne Beobachtung der gesetzlichen Formen, sein ganzes gegenwärtiges und etwa zukünftiges Vermögen einem Andern und begab sich ganz unter des Beschenkten dankbare Pflege und Obhut. Der Beschenkte machte nun keinen Unterschied mehr zwischen dem ihm geschenkten und seinem eignen Vermögen, vereinigte vielmehr Beides völlig und verwaltete es nach Belieben, vielleicht zwanzig, dreißig Jahre lang und länger. Dann starb der Schenker; es lag ein Collateralfall vor, wenn und soweit die Schenkung nichtig war. Sollte hier und im zuvor gedachten Fall eine Inventarsaufnahme als provisorische Maßregel, geboten oder

zweckmäßig sein? Gewiß nicht; eben weil damit Nichts zu erreichen wäre, was nicht auch noch später erreicht werden könnte, und zwar in derjenigen Zeit, zu welcher ein Rechtsstreit über die Collateralsteuerpflicht mit dem Fiskus zu Ende getragen sein wird. Offenbar zwecklose provisorische Maßregeln sind aber bekanntlich überhaupt nicht rechtlich gestattet.

Das Ergebniß der Erörterungen zu I möchte dahin zu präzisiren sein:

Wird die Collateralsteuerpflicht bestritten, so **kann** der Richter auf Antrag, oder vielleicht auch ohne vorherigen förmlichen Antrag der Steuerbehörde, eine Inventarsaufnahme als **provisorische Maßregel**, insoweit also als Richter und **nicht** als Hülfsbeamter des Steuerfiskus, verordnen; er darf dies aber alsdann **nicht** thun, wenn die gesetzlichen Erfordernisse für ein solches Provisorium nicht vorliegen, insbesondere wenn keine Gefahr mit der vorerstigen Aussetzung der Inventarsaufnahme verbunden ist, oder wenn der mit der Inventarisation beabsichtigte Zweck durch eine solche im betreffenden Falle voraussichtlich doch nicht erreicht werden wird.

Eine Beschwerde bei dem höheren Richter gegen die Verfügung der Inventaraufnahme, wenn sie bestritten worden war, möchte jedesmal zu gestatten sein, da nicht der geringste Grund vorliegt, solche Beschwerde abzuscheiden; dagegen wird der Beschwerde der Suspensiveffekt nicht zuzuerkennen sein, wie er ja überhaupt bei Beschwerden gegen Provisorien regelmäßig versagt ist. Die Absicht der Beschwerde wird daher in den meisten Fällen nicht erreicht werden und das Interesse daran wird mehr ein theoretisches sein. Doch wird man wohl, falls der Beschwerdeführer obsiegt, den Fiskus in die Kosten der Beschwerde zu verfällen nicht umhin können.

Hier will man beiläufig und anmerkungsweise einer Vorschrift des römischen Rechtes gedenken, durch welche eine

Inventaraufnahme Seitens der fiskalischen Behörden verordnet ist. Es schreibt nämlich die const. 5 Cod. X. 10 de bonis vacantibus &c. vor (in deutscher Uebersetzung):

Wenn herrnlose oder auf andre Weise durch die Gesetze angefallene Güter bei der Schatzkammer angezeigt werden, so sollen gewisse Palatinen erwählt und nach besonderer Vereidigung dahin geschickt werden, damit auf ihr Ansuchen der Provinzialpräsident in Gegenwart des Advokaten des Fiskus fleißige Nachforschung halte, wem das herrenlose und angefallene Vermögen gehört habe, auf wie hoch es sich belaufe und woraus es bestehe, so daß, wenn nach Ertheilung der Erlaubniß zum Widerspruch im Wege Rechtens, sich ergeben, daß er, (derjenige, dem die Erlaubniß ertheilt ist) es ohne Recht besitze oder fordere und sowohl aus des Präsidenten eignem Bericht als der überzeugenden Glaubwürdigkeit der öffentlichen Akten erhellt, daß der Fiskus Platz ergreife, Uns (dem Kaiser) die Sache vorgetragen werden soll, damit auf unseren Befehl die herrenlosen oder andern Sachen Namens der Schatzkammer in Beschlag genommen werden &c.

Daß diese Stelle die Aufnahme eines Inventars beim Anfall oder bei der Aussicht auf den Anfall herrenloser Güter an den Fiskus verordnet, ist unter den Rechtslehrern nicht bezweifelt.

cf. v. Vangerow, Pandekten, 6. Aufl., Bd. II. S. 677 unten (§. 564).

II. Das zweite Stadium der Schritte des Fiskus zur Anfechtung einer Schenkung unter Lebenden ist:

die Anstellung einer Klage gegen den Beschenkten, oder gegen Wen sonst.

Es ist in Hessen unbezweifelt und wird z. B. namentlich auch von:

Eigenbrodt, in der Schrift: das Verhältniß der Gerichte zur Verwaltung im Großherzogthum Hessen, §. 19 S. 95 und 96

bezeugt, daß, wenn von einem angeblich Collateralsteuerpflichtigen, oder überhaupt wegen sogenannter indirekter Auflagen Angegangenen die betreffende Verpflichtung bestritten wird, der Fiskus förmliche Klage deßhalb bei den zuständigen Gerichten zu erheben genöthigt ist.

v. Lepel, in der Schrift: der Gr. Hess. Staatsrath auf S. 98 bemerkt dazu, daß es auch vorkomme, daß der Fiskus in solchen Fällen in der Rolle des Beklagten stehe, was in Bezug auf die hier zu erörternde Frage gleichgültig ist.

Kann nun der Fiskus mit Hoffnung auf Erfolg eine nichtige Schenkung wegen der Collateralgelder, die dem Fiskus durch dieselbe entzogen werden würden, wenn sie bestehen bleibt, materiell anfechten, und in wie weit, sowie in welcher Weise?

§. 1.

Häufig, wo unter Lebenden ein Schenkungsgeschäft abgeschlossen wurde, entsteht bezüglich der Collateralsteuer ein Streit lediglich über die Frage,

> ob die betreffende Schenkung als eine donatio inter vivos, oder nicht vielmehr als eine donatio mortis causa zu betrachten sei.

Von dem Betrage der letzteren hat der Gr. Fiskus Collateralgelder zu beziehen, von dem Betrage der ersteren nicht.

Natürlich muß es dem Gr. Fiskus immer erlaubt sein, einen Prozeß darüber, welche von beiden Naturen der betreffenden Schenkung beizumessen sei, gegen den Beschenkten, um von diesem die Steuer zu erhalten, anzustrengen und deßfallsige richterliche Entscheidung herbeizuführen.

Es würde eine allzugroße Abschweifung von der zu Eingang dieses Aufsatzes gestellten Frage, welche sich nur auf Schenkungen inter vivos beschränkt sein, wollte man hier den charakteristischen Unterschied zwischen donatio inter vivos und donatio mortis causa bis in die kleinste Einzelheit erörtern. Nur das Folgende sei darüber, da doch in einer Bestreitung der rechtlichen Natur einer Schenkung unter Lebenden immer

auch eine Anfechtung dieser Schenkung, und zwar ihres Wesens, gelegen ist, in Kürze vorgetragen. Das wahre und einzige Kriterium, welches eine Schenkung auf den Todesfall erkennen läßt, liegt darin,

daß die Perfektion der Schenkung durch den früheren Tod des Schenkers bedingt, also die Schenkung bis zum Tode des Schenkers schwankend sein soll.

Eine Schenkung ist dann Schenkung auf den Todesfall, wenn der Schenker mit Beziehung auf den Tod in der Art **bedingungsweise** schenkt, daß die Gültigkeit der Schenkung von dem wirklichen Ableben des Schenkers vor dem Beschenkten abhängig gemacht wird.

fr. 1 pr. D. 39. 5 in fine;
fr. 1, fr. 32 D. 39. 6.
§. 1. Inst. II. 7.

Die blose Beziehung, welche eine Schenkung zum Tode des Schenkers hat, macht dieselbe keineswegs zur mortis causa donatis; unzweideutige Gesetzesstellen sprechen vielmehr aus:

daß eine Schenkung mit Beziehung auf den Tod geschehen sein könne, daß namentlich der Tod das Motiv der Schenkung gebildet haben und daß die Schenkung von dem Schenker sogar ausdrücklich als mortis causa donatio bezeichnet worden sein könne, ohne daß doch eine mortis causa donatio in Wirklichkeit angenommen werden dürfe:

fr. 27, fr. 42 §. 1. D. 39. 6.

Die weiteren Gesetzesstellen:

fr. 2 und fr. 31 §. 2. D. 39. 6.

haben nicht die Absicht, eine Definition der rechtlichen Natur der mortis causa donatio zu geben, sondern zählen nur die Veranlassungen auf, aus welchen eine mortis causa donatio hervorgehen kann, und beschreiben nur die möglichen Verschiedenheiten deren Form. Die simple Thatsache, daß eine Schenkung während einer gefährlichen Krankheit des Schenkers geschah, oder daß der Schenker durch eine Lebensgefahr in der er schwebte, zur Schenkung bewogen wurde, ist an und für sich

bei der Beurtheilung, ob eine Schenkung unter Lebenden oder von Todeswegen vorliege, gleichgültig; so oft die Schenkung, von dem früheren Ableben des Schenkers vor dem Beschenkten nicht bedingt ist, vielmehr sofort als eine vollgültige und rechtsbeständige gelten soll, ist dieselbe eine donatio vera et absoluta inter vivos. Ging aber der Wille des Schenkers auf ein Bedingtsein der Schenkung durch sein eignes früheres Ableben und steht also fest, daß er zunächst sich selbst und sodann erst den Beschenkten bedenken wollte und bedacht hat, so liegt eine mortis causa donatio vor. (Bei dieser wird, beiläufig bemerkt, die Fähigkeit des Beschenkten zur Annahme der Schenkung nicht nach der Zeit des Schenkungsaktes, sondern nach der Zeit des Todes des Schenkers bemessen. (fr. 22 D. 39. 6.)

Diese Ansichten werden nicht nur von v. Savigny und v. Vangerow, an bekannten Stellen, sowie von

Puchta, Pandekten §. 72.
Thibaut, „ §. 906.
Müller, über die Natur der Schenkung auf den Todesfall, S. 5, S. 22 ff.

getheilt, sondern auch von unseren höheren Gerichten als maßgebend angewendet.

Vgl. Urtheil Gr. Hofg's der Prov. St. in S. des Gr. Steuerfiskus, Kl., Aanten, g. Elisabetha Fries und Anna Maria Hax in Umstadt, Bekl. 2c., Collateralsteuer betr., vom 16. Juni 1856; Urtheil Gr. O.-A.-G's in S. der Intestaterben des Peter Meisinger II. zu Kirchbrombach, Kl. 2c., g. Nikolaus Meisinger II. und Peter Meisinger das., Bekl. 2c., den Nachlaß des Peter Meisinger II. betr., vom 13. April 1866. O.-A.-G's-Entscheidung in S. Frank gg. Jungblut vom 22. Febr. 1868, mitgeth. in dsm. Archiv Bd. 6 der N. F. S. 168 ff.

In der Ortsgerichts-Instruktion vom 26. Oktober 1852 (Reg.-Bl. S. 465—533) findet sich, auf S. 510 und 511 das Muster-Formular (Nr. 6) zu einem ortsgerichtlichen Schenkungsprotokoll, nach dessen Inhalt eine bettlägerig

kranke Person ihr ganzes Vermögen verschenkt, sich an verschiedenen Gegenständen dabei Nießbrauch vorbehält, ihres Todes Erwähnung thut und sich das Recht des Widerrufs wegen Undankbarkeit des Beschenkten ausbedingt. Eine nach dem Muster dieses Formulars protokollirte Schenkung wurde in der vorstehend allegirten Sache Fiskus contra Fries und Hax ganz richtig als donatio inter vivos anerkannt.

§. 2.

Der Fiskus hat nur und allein
von Erbschaften, motis causa donationibus, und Vermächtnissen
dagegen nicht von donationibus inter vivos und auch nicht bei einer blosen mortis causa capio,
(Vgl. O.=A.=G's=Erk. v. 8. Februar 1870 in S. Steuerfiskus contra Advokat Kohlermann in Gießen.)
Collateralsteuern in den gesetzlichen Fällen zu fordern, und zwar:
von den Erben, den mortis causa Beschenkten und den Legataren oder Fideicommissaren,
nicht von andern Personen.

Eine Frist zur Erklärung über Antretung einer angefallenen Erbschaft ist bekantlich gesetzlich nicht vorgeschrieben. Dagegen haben die Gläubiger der Erbschaft, die Legatare und die Substituten, sowie überhaupt diejenigen, welche nach dem zunächst Berufenen die Anwartschaft auf die Erbschaft besitzen, das Recht, eine bestimmte Erklärung von dem berufenen Erben zu verlangen, ob er Erbe werden wolle, oder nicht.

fr. 5, 6. D. 11. 1.

Die const. 9. Cod. 6. 30 bestimmt, daß die Interessenten deßhalb den Statthalter der Provinz angehen können, welcher den delatus befragt und ihm auf Bitten eine Deliberationsfrist ansetzt, nach deren vergeblichem Ablauf er (wenigstens nach der Ansicht mehrerer Rechtslehrer, z. B. Mühlenbruchs in Glücks Commentar) den Gläubigern gegenüber als antretend

vgl. const. 22 §. 14 Cod. ibid. dem nachfolgenden Erben und dem Substituten gegenüber als ausschlagend
cf. fr 10 D. 28. 8.
fr. 69 und 70 D. 29. 2.
betrachtet wird.

Hat nun der Fiskus das Recht, dem Delaten eine solche Frist wegen der Collateralsteuerpflicht ansetzen zu lassen?

Es ist dies nicht im Geringsten zu bezweifeln, da der Fiskus zwar nicht als Gläubiger des Erblassers, aber doch als solcher Gläubiger erscheint, der es durch den Erbschaftsantritt wird. Seine Forderung haftet als eine öffentliche Last auf der Erbschaft. (Nach andern Gesetzen deutscher Staaten soll die Erbschaft nicht verabfolgt werden, bis die Collateralgelder bezahlt oder gesichert sind.) Wollte man dem Fiskus dieses Recht verweigern, so stünde sein Anspruch auf Collateralsteuern in vielen Fällen überhaupt niemals zu realisiren. Der Fiskus hat ein Recht, zu erfahren, an Wen er sich wegen der betreffenden Steuer zu halten habe. — Auch würde man, wenn man dem Fiskus das Recht, eine Deliberationsfrist angesetzt zu verlangen, abspräche, eigentlich implicite dem Fiskus gegenüber einer nichtigen Schenkung Rechtsfolgen gewähren, während sie solche doch gegen und für Niemanden, ohne jegliche Ausnahme, haben soll. Eine Ausnahme gegen den Fiskus auf dem angedeuteten Umwege zu gestatten. stimmt nicht mit der gesetzlichen Anschauung über absolute Nichtigkeit von Rechtsgeschäften überein.

§. 3.

Ist nun aber eine Schenkung eines ganzen gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens unter Lebenden geschehen an Denjenigen, welcher sonst Erbe des Geschenkten geworden sein würde, und besitzt dieser Beschenkte das ihm schenkungsweis zugewendete Vermögen, so wird er wohl erklären:

daß er nicht Erbe werden wolle, sondern auf Grund

der Schenkung den angeblichen Nachlaß besitze, also nicht collateralsteuerpflichtig sei.

Würde man darauf dem Fiskus dennoch gestatten, die Schenkung wegen Nichtigkeit anzufechten, Was seither in der Praxis thatsächlich, allein so weit bekannt geworden, fast immer mit schließlichem Nichterfolg für den Fiskus, geschehen ist, so würde man gewiß einen Widersinn begehen.

Der wegen der Collateralsteuer Angegangene hat es ganz einfach iu seiner eignen Gewalt, so lange keine stillschweigende oder ausdrückliche Erbschaftsantretung vorliegt, sich von jeder Verbindlichkeit zur Collateralsteuer zu befreien, indem er die Erbschaft ausschlägt. Hat er dies gethan, so ist er passiv nicht zur Sache legitimirt. Er ist kein Erbe.

Selbst wenn die Schenkung nichtig wäre, ist der Beschenkte doch immer nicht passiv zur Sache dem Fiskus gegenüber legitimirt. Denn er hat ja die Erbschaft ausgeschlagen. Ein Behalten des Geschenkten kann ihm nicht als thatsächlicher Erbschaftsantritt ausgelegt werden, da nur ganz unzweifelhaft concludente, nicht auf andere Weise dem Motive nach erklärliche Handlungen eine immixtio, oder aditio anzunehmen berechtigen. Und gegen eine Ausschlagung der Erbschaft würde der Beschenkte nicht etwa aus dem Grund, weil er die Schenkung für rechtsgültig gehalten habe, Restitution erlangen können. Denn gegen Rechtsirrthums der Art ist die Restitution versagt.

Der Fiskus ist in einem solchen Fall in so lange auch nicht **aktiv** zur Sache legitimirt, als keine Person existirt, welche die Erbschaft angetreten hat. Denn eben durch die Antretung der Erbschoft entsteht erst der Anspruch auf Collateralgelder; dieser Anspruch ist durch die Antretung bedingt und erwächst lediglich gegen den Antretenden.

Hier muß also der Fiskus einen anderen Weg, um zur Collateralsteuer zu gelangen, einschlageu, nämlich er muß:

die Personen, welche beim Hinwegfall des Beschenkten die Erben geworden sein würden, wegen Erklärung über den

Erbschaftsantritt angehen, und wenn auch diese ausschlagen, die alsdann Berufenen, u. s. w.

Würden aber alle so Angegangenen ausschlagen, so könnte der Fiskus selbst dann **die Erbschaft als Erbe in Anspruch nehmen.**

Cod. Lib X tit. 10 (de bon. vacant.)

Thut er dies, so kann er zweifelsohne die Schenkung anfechten,

aber nicht um zu Collateralgeldern, sondern **um zur ganzen Erbmasse zu gelangen,** wo sich dann seine Collateralgelderforderung confundirt.

Die Frage, ob der Fiskus, wenn ein ganzes Vermögen, welches sonst sich als Nachlaß qualificiren würde, ausnahmlos, unter Lebenden verschenkt und eine deßfallsige Erbschaftsantretung von keiner Seite erfolgt ist, die Schenkung als nichtig anfechten könne, um eine **Collateralsteuerforderung** geltend zu machen, ist also zu verneinen. — Dagegen kann der Fiskus die Schenkung anfechten, um selbst zum geschenkten Vermögen zu gelangen, wenn er, der Fiskus, Erbe geworden ist, resp. den Gegenstand der Schenkung als bonum vacans in Anspruch nimmt. Daß der Fiskus dann als Erbe betrachtet wird ist unter den Rechtslehrern heute die gemeine Meinung.

§. 4.

Wie nun aber, wenn zwar nicht ein ganzes Vermögen, sondern ein Theil desselben inter vivos verschenkt wurde und der Beschenkte oder auch ein Dritter den übrigen Nachlaß erbt, so daß über die Erbenqualität und die Person des Erben kein Streit sein kann?

Hier kömmt es vor:

a. der Beschenkte und der Erbe sind verschiedene Personen. Alsdann ist ohne Zweifel der **Erbe** legitimirt, die Schenkung, wenn sie absolut nichtig und nicht etwa eine durch den Tod selbst bestätigte Schenkung unter Ehegatten ist, als nichtig anzufechten.

Daß eine jede Schenkung (auch die durch den Tod bestätigte unter Ehegatten), welche 500 solidi übersteigt, in Bezug auf den übersteigenden Betrag, wenn sie nicht insinuirt wurde, null und nichtig ist, kann nach den Worten der l. 34 pr. Cod. 8. 54. nicht im Mindesten bezweifelt worden.

„si quid autem supra legitimam definitionem fuerit donatum, hoc, quod superfluum est, tantummodo non valere, reliquam vero quantitatem, quae intra legis terminos constituta est, in suo robore perdurare, quasi nullo penitus alio adjecto: sed hoc pro non scripto vel non intellecto esse credatur.

v. Savigny erklärt in Band IV. §. 167 am Ende (S. 224) den Erben ausdrücklich als zur Anfechtung der wegen mangelnder Insinuation nichtigen Schenkung berechtigt.

Der Erbe braucht nicht auf Nichtigkeitserklärung der Schenkung anzutragen; ja, er kann dies nicht einmal thun; denn es ist, wie v. Savigny (Bd. IV. S. 540) sagt, „weder nöthig, noch möglich, dasjenige, Was ohnehin nichtig ist, also nicht besteht, durch eine Klage erst umzustoßen." Der Erbe klagt vielmehr mit der hereditatis petitio, und wenn die Schenkung behauptet wird, setzt er den Einwand von deren Nichtigkeit entgegen.

Eine Schenkung unter Ehegatten ist, wenn oder so weit sie den Betrag von 500 solidi (2400 fl.) nicht übersteigt nicht absolut nichtig; sie kann von Niemandem mehr angefochten werden, wenn der Schenker ohne sie widerrufen zu haben, gestorben ist. Dagegen ist sie, selbst wenn sie nicht widerrufen wurde, ipso jure absolut nichtig, soweit sie 500 solidi überschreitet und nicht insinuirt ward.

const. 25 Cod. V. 16, verb.: non amplioris quantitatis donationem minime intimatam nec per silentium ejus, qui donavit, confirmari concedimus.

Wenn nun aber der Erbe nicht gewillt ist, und nicht dazu schreitet, die nichtige Schenkung anzufechten, resp. das Ge-

schenkte einzuklagen, welches Recht hat hier der Fiskus? Kann **er** die nichtige Schenkung anfechten?

Nein! Denn eine besondere querela nullitatis bezüglich der nichtigen Schenkung gibt es überhaupt nicht, und den Gegenstand der Schenkung für sich in Anspruch zu nehmen ist der Fiskus nicht aktiv legitimirt, so lang er nicht selbst Erbe ist.

Dagegen steht dann dem Fiskus ein anderer Weg frei, um zu den Collateralgeldern vom Betrag der Schenkung, soweit sie nichtig ist, zu gelangen.

Er fordert von dem Nachlasse die Collateralgelder und berechnet sie dabei so,

als wenn die Schenkung, soweit sie nichtig ist, nicht geschehen wäre.

Ein absolut nichtiges Rechtsgeschäft erzeugt nach keiner Seite hin irgend eine Rechtswirkung. Ja nicht einmal die usucapio kann auf den Titel einer nichtigen Schenkung hin eintreten.

Will dann der Erbe die Höhe der Anforderung der Collateralgelder bestreiten, so wird die Frage von der Nichtigkeit der Schenkung zwischen dem Erben und dem Fiskus zur Erörterung kommen; und wird die Frage bejaht, so wird der Erbe — nicht der Beschenkte — die Collateralgelder wie gefordert, also auch von dem Betrage der nichtigen Schenkung, einerlei, ob der Erbe diese Schenkung anfechten will, oder nicht, zu bezahlen haben. — Grade so, wie der Erbe von den Erbschaftsforderungsausständen Collateralgelder bezahlen muß, einerlei, ob er, der Erbe, diese Ausstände beitreiben will, oder nicht.

Etwas Anderes ist es, daß der Erbe unter Umständen wohl wird verlangen können, von der Zahlung der Collateralgelder bezüglich des Werthes der nichtigen Schenkung vorerst und bis der Prozeß zu Ende getragen ist, verschont zu bleiben. Dies wird dem Erben, nach der Praxis unserer Steuerbehörden, bewilligt werden, wenn er

einen betreffenden Prozeß gegen den Beschenkten anstrengt, und man wird wohl auch dem Fiskus nicht verwehren können, in diesem Prozeß insoweit mitthätig sein zu dürfen, als nöthig oder zweckmäßig ist, um sich gegen etwaige dolose Manipulationen zwischen dem Erben und dem Beschenkten zu sichern.

§. 5.

b. Ist dagegen der Beschenkte und der Erbe eine und dieselbe Person, wie dann?

Er selbst, der Beschenkte, kann unmöglich die Schenkung in irgend einer Weise, sei es mittelbar, oder unmittelbar, anfechten. Er kann nicht gegen sich selbst die rei vindicatio oder hereditatis petitio anstellen, aus selbstverständlichen Gründen.

Allein auch hier gilt im Wesentlichen dasselbe, welches in dem sub a ponirten Fall entwickelt ist.

Es ist auch hier der Satz maßgebend:

Daß absolut nichtige Rechtsgeschäfte keinerlei rechtliche Wirkung erzeugen, daß sie

tandummodo non valent, pro non scripto vel non intellecto creduntur, nullius momenti sunt.

Niemand kann sich auf sie mit irgend einer Rechtswirkung berufen, also auch, in dem hier gedachten Falle, der Erbe nicht. Er ist Erbe und **nicht** zugleich Beschenkter, soweit die Schenkung nichtig ist. Denn die Schenkung ist non scripta, nullius momenti.

Also auch hier wird der Fiskus die Collateralsteuer berechnen und fordern dürfen, als wenn die nichtige Schenkung nicht vorläge; und bestreitet der Erbe die Höhe der Steuerforderung, so kann die Frage nur die sein:

gehört die angeblich geschenkte Sache zur Erbschaft, oder nicht.

Sie gehört aber ipso jure zur Erbschaft, wenn die Schenkung nichtig ist, eben weil eine nichtige Schenkung als gar nicht vorhanden zu betrachten ist.

§. 6.

Es möchte nicht viele Fälle geben, in welchen es dem Gr. Fiskus gelingen dürfte, den bei uns im praktischen Rechtsleben vorkommenden donationibus inter vivos gegenüber mit dem Anspruch auf Collateralgelder aufzukommen.

Meistens wird ein Schenkungs- und Verpflegungs-Vertrag abgeschlossen, und dann nehmen die Gerichte an, daß keine reine Liberalität vorliege, daß sich der Vertrag nicht trennen lasse, daß er trotz mangelnder Insinuation gültig sei.

cf. das schon oben citirte Urtheil Gr. Hofg's der Prov. St. in S. Fiskus contra Fries und Hax vom 16. Juni 1856. Urtheil Gr. Hofg's der Prov. Oberh. in S. Fiskus contra M. Wittich in Rendel v. 23. Aug. 1872. Urtheil Gr. Ober-Appellations- und Cassations-Gerichts in S. des Steuerfiskus gegen Brüder Wiesler vom 16. Febr. 1855.

In der Sache Fiskus contra Wittich ist auch erörtert, daß wenn der Schenkungsvertrag mit einem Kaufvertrage verwebt ist, die Insinuation nicht als erforderlich erscheint; und, daß, wenn ein Schenkungsvertrag bereits vollzogen ist, wenigstens die Einrede der Simulation hinwegfällt.

Daß dagegen auch große renumeratorische Schenkungen ebenso, wie reine, der Insinuation bedürfen, hat unsere Praxis, darin der Ansicht v. Savigny und v. Vangerow (Pandekten §. 125 S. 203 der 6. Aufl.) folgend, angenommen,

Gedr. Hofg's-Notizen Nr. 357.

Bezüglich der donationes sub modo scheint sich noch keine feste Rechtssprechung gebildet zu haben; doch scheint man sie als Verträge do ut des anzusehen, und hiermit würde das Erforderniß der Insinuation bei ihnen hinwegfallen, z. B. wenn unter der Auflage künftiger Verpflegung geschenkt wurde.

Vergleiche die citirte Entscheidung Wiesler contra Steuerfiskus.

Am Wenigsten ist der Einwand des Fiskus gegen sonst an sich rechtsgültige Schenkungen unter Lebenden zu berücksichtigen:

daß diese Schenkungen in der dolosen Absicht vorgenommen worden seien, um dem Fiskus die Collateralgelder zu entziehen,

und es ist fast unglaublich, daß der Fiskus in einzelnen Fällen eine derartige Behauptung aufgestellt und damit seinen Anspruch auf Collateralgelder gestützt hat. Z. B. in der Rechtssache des Gr. Steuerfiskus, Kl. geg. Elise, Ehefrau des Mart. Fries I. und Anna Maria, Ehefrau des Pet. Hax V. beide in Umstadt, Bekl., Collateralsteuer betr. In dieser Rechtssache bemerkte der Hofg's-Referent in der Relation zum Urtheile des Gr. Hofg's der Prov. St. v. 16. Juni 1856, nachdem er erörtert, daß dem Fiskus nicht von vornherein ein jus quaesitum auf Collateralgelder zusteht, welches ihm durch keine Verfügung unter Lebenden entzogen werden könnte, wörtlich:

„Sogar wenn deutlich in der (Schenkungs-) Urkunde zu „lesen wäre: mit Rücksicht auf die Verordnung von 1808 „und um der Steuerlast zu entgehen, haben wir eine „Schenkung unter Lebenden abgeschlossen, wäre die (Steuer-) „Behörde nicht berechtigt, einen Vertrag zu rescindiren, dessen „Inhalt gar nicht von den Motiven dazu abhängt und dessen „Gültigkeit besteht, wenn die Betheiligten ihn anerkennen.

Daß und in wie weit trotz Anerkennung der Betheiligten ein an sich nichtiger Schenkungsvertrag übrigens doch durch den Fiskus wegen der Collateralsteuern angefochten werden kann, ist oben nachgewiesen.

Nicht selten pflegen solche Geschwister, welche nach der Eltern Tod in gemeinschaftlichem Haushalte zusammen leben bleiben, sich, um die Collateralgelder zu ersparen, wechselseitig in verschiedenen Urkunden unter Lebenden ihr ganzes Vermögen zu schenken und miteinander zu verabreden, daß die betreffende Schenkungsurkunde vorgelegt werde, wenn das eine der Geschwister vor dem andern stirbt, daß aber alsdann

die von dem Ueberlebenden an das Verstorbene gemachte Schenkung nicht wirksam sein und die Urkunde darüber vernichtet werden solle. In einem derartigen Falle sind entweder die wechselseitigen Schenkungen trotz ihrer Bezeichnung als Schenkungen unter Lebenden, als Schenkungen auf den Todesfall anzusehen, weil sie in der That ungültig werden sollen, wenn der Beschenkte vor dem Schenker stirbt, oder es ist das von dem Ueberlebenden an den Verstorbenen geschenkte Vermögen als Nachlaß des Verstorbenen zu betrachten und zu besteuern. Wird das durch derartige wechselseitige Schenkungen begründete Verhältniß den Behörden verheimlicht, so dürfte ein strafbarer Contraventionsfall und bei eidlicher Manifestation gar noch ein Criminalfall vorliegen.

§. 7.

Das Gesammtergebniß der vorstehenden Erörterungen unter II. läßt sich in folgende Sätze zusammen fassen:

1) Die Frage, ob in concreto eine Schenkung unter Lebenden, oder aber eine donatio mortis causa vorliege, kann als reine Thatfrage, gegen den Beschenkten jederzeit vom Gr. Fiskus erhoben und im Wege des Rechtsstreites zur Entscheidung gebracht werden.

2) Der Gr. Fiskus kann, ist ein ganzes, gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen in nichtiger Weise verschenkt und kein Erbe da, welcher angetreten hat, die Schenkung nicht zu dem Zweck gegenüber dem Beschenkten anfechten, um zu Collateralsteuern zu gelangen.

3) Liegt eine nichtige Schenkung des ganzen Vermögens, oder auch nicht des ganzen Vermögens, sondern nur einer pars quota, oder einzelner Sachen, vor und existirt daneben ein Erbe (oder, was überall dasselbe, mehrere Erben) des verstorbenen Schenkers, so kann der Gr. Fiskus von diesem Erben die Collateralgelder in derjenigen Höhe verlangen, auf welche sie sich berechnen, wenn die Schenkung überhaupt nicht geschehen wäre. Es

kann alsdann im Streit über die Berechnung der Collateralgelder zwischen dem Gr. Fiskus und den Erben zur Erörterung und Entscheidung über die Nichtigkeit der Schenkung kommen; niemals aber kann der Gr. Fiskus dem Beschenkten gegenüber die Schenkung als nichtig anfechten und von diesem Beschenkten Collateralgelder fordern, wenn der Beschenkte nicht selbst Erbe des Schenkers geworden ist.

Nachtrag.

Zu vorstehenden Erörterungen findet sich Verfasser, nachdem ihm inzwischen aus der Rechtssprechung des Gr. O.-A.-G's weiter bekannt Gewordnen, veranlaßt, Folgendes nachzutragen:

Zu I.: bez. Inventars-Errichtung.

Das höchste Tribunal hat die oben deßfalls erörterten Grundsätze in seiner Entscheidung vom 19. October 1872:

das Ableben des Gr. Geh. Regierungsraths Kohlermann zu Darmstadt, hier: Beschwerde der Wittwe desselben betr.

im Wesentlichen als richtig anerkannt. Der Referent am höchsten Tribunal ging von der Ansicht aus, es finde zwar keine contradiktorische Verhandlung über die Frage, ob ein Inventar zu errichten sei, oder nicht, Statt, indem der Richter bei dieser Inventarsaufnahme als Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit handle; allein es stehe dem Intressenten dennoch frei, gegen die beabsichtigte Inventarsaufnahme Beschwerde zu führen, und es müsse der Richter, wenn die Wahrscheinlichkeit gegen die Verbindlichkeit zur Entrichtung der Steuer im vorliegenden Fall spreche, die Inventarsaufnahme ablehnen, resp. unterlassen. — Das höchste Tribunal entschied bezüglich der Beschwerde, nachdem paria vota vorgelegen hatten und ein weiteres Mitglied ad tollenda paria referirt hatte, dahin, daß die Beschwerde begründet und also die Inventur zu unterlassen sei. Als Grund für diese Entscheidung wurde der Umstand angenommen:

daß in dem fraglichen Fall keine bestimmte Person, kein bestimmtes Rechtssubjekt bis jetzt vorhanden und bekannt sei, welche oder welches nach dem Tode der Wittwe Kohlermann als Erbe in den Nachlaß eintrete, während doch die Existenz oder Voraussicht eines bestimmten, in den Nachlaß eingetretnen, oder in Folge eines gegenwärtig bereits existirenden Rechts einzutreten habenden Rechtssubjekts, welches demnächst collateralsteuerpflichtig erscheinen werde, als wesentliche Voraussetzung der, durch Inventarisation zu bewirkenden Feststellung des Nachlasses anzusehen sei. In allen früher entschiedenen Fällen habe diese wesentliche Voraussetzung nicht gemangelt, während sie diesesmal fehle.

II. Das oben in §. 3 Entwickelte hat in Bezug auf Einen Punkt durch die soeben mitgetheilte Entscheidung Bestätigung erhalten, nämlich:

daß der Gr. Steuerfiskus nicht legitimirt ist, nicht einmal zum Antrag wegen Inventarserrichtung, geschweige also zu einer Anforderung von Collateralsteuern, wenn und so lange keine Person existirt, oder gewiß ist, welche als Erbe ꝛc. in den Nachlaß eintritt.

III. Zu §. 6 oben: Das Gr. O.-A.-G. hat in S. des Gr. Hofg's-Advokaten Kohlermann zu Gießen, Bekl. ꝛc. gegen Gr. Steuerfiskus, Kl. ꝛc. Collateralsteuer betr. durch Erkenntniß vom 8. Februar 1870 entschieden:

daß von mortis causa capionibus, im Gegensatze zu donationibus, keine Collateralsteuern zu entrichten sind. Als mortis causa capio erscheine es, wenn Jemand, welcher (vermeintliche) Erbansprüche geltend gemacht hat, von diesen Ansprüchen gegen Empfang eines Preises abstehe. Diesen Preis capire er mortis causa,

fr. 38 D. 39. 6.

nicht aber als Erbschaft, oder hereditario jure.

(fr. 38 in fin. D. 39. 6., in Verbindung mit fr. 76. D. 35. 2.)

Eine nicht entschiedenermaßen deferirte Erbschaft könne

nicht mit Wirkung angetreten werden. Wenn also Oberappellant auch früher den Antritt der vermeintlich ihm deferirten Erbschaft erklärt habe, so habe er sie doch nicht wirklich erworben und seine Antrittserklärung könne ihm Nichts schaden; namentlich könne nun nicht der Satz „pretium succedit in locum rei“ gegen ihn angewendet werden, da dieser Satz nur bezüglich des Falles einer Veräußerung von res hereditariae gelte. — Nicht für die Erbschaft sondern für seinen Abstand von derselben habe Oberappellant eine Vergleichssumme erhalten, mortis causa capirt. Er habe die Abfindungssumme nicht ex ultima voluntate, nicht hereditario jure erhalten und sei daher auch nicht erbschaftssteuerpflichtig.

Beiläufig sei hier erwähnt:

Wenn Mevius dem Sejus 1000 aurei unter Lebenden mit der Auflage schenkt, nach des Schenkers (Mevius) Tode, dem Titius 100 aurei auszubezahlen, so liegt nach des Mevius Tode für den Titius bezüglich dieser 100 aurei eine mortis causa capio vor. — Derartige modi zu Gunsten Dritter bei Schenkungen unter Lebenden sind bei uns heutzutag und hierlandes nicht selten. Es hat aber nach vorstehend mitgetheilter Rechtsprechung der auf diese Weise durch einen Modus bei einer Schenkung Bedachte von dem ihm dadurch Zufallenden keine Collateralsteuern zu bezahlen; er capirt dasselbe mortis causa, nicht hereditario jure.

B. Bemerkenswerthe Entscheidungen oberer Gerichte mit gedrängter Angabe der Entscheidungsgründe.

IV. Aus der Spruchpraxis der Juristenfakultät in Gießen.

Ueber das Wesen der bona fides im Allgemeinen und über die Entschuldbarkeit des Irrthums bei der außerordentlichen Eigenthumsersitzung insbesondere*).

Mitgetheilt vom Referenten Herrn Professor Dr. Regelsberger, dermalen in Würzburg.

I.

Die Ansicht, daß bei der außerordentlichen Eigenthumsersitzung die Beschaffenheit des Irrthums gleichgültig sei und daß namentlich ein Rechtsirrthum nicht schade,

Savigny System des r. R. Bd. III. S. 371 fg.[1]).

---

*) Ueber den Rechtsstreit, auf welchen sich die im Nachstehenden auszugsweise mitgetheilten Entscheidungsgründe beziehen, ist das juristische Publikum bereits ausführlich unterrichtet durch zwei mittlerweile erschienene Schriften von Wächter, die bona fides insbesondere bei der Ersitzung des Eigenthums, Leipzig 1871 — und von Bruns, das Wesen der bona fides bei der Ersitzung, Berlin 1872. Zu bemerken ist, daß bei Abfassung des im Text mitgetheilten Erkenntnisses ein Gutachten Wächter's bereits vorlag, dessen Inhalt in seiner obengenannten Schrift weiter ausgeführt ist. Das Bruns'sche Gutachten folgte dem Erkenntniß der Gießner Fakultät erst nach. Einer eingehenden Antwort auf die erwähnten beiden Schriften habe ich mich an diesem Ort enthalten zu sollen geglaubt.

[1]) Savigny hat indeß seine Ansicht später entschieden geändert. Oblig. R. Bd. II. S. 151.

Sintenis prakt. gemein. Civilrecht Bd. I. §. 22 Note 52, §. 51 Note 9.
Seuffert's Archiv für oberst. richt. Entscheid. Bd. XI. Nr. 17a Bd. XV. Nr. 3.

verdient keinen Beifall.

Es ist ganz richtig, daß an sich dem leichtfertig Irrenden redliches Bewußtsein so wenig abgesprochen werden kann als demjenigen, welcher in entschuldbarer Weise irrt. Insoweit kann man der so sehr betonten Behauptung beipflichten, daß die bona fides eine von ihrem Grund unabhängige Thatsache sei. Nur gilt dieß auch von dem Irrthum und der Unkenntniß, und ist damit wohl verträglich, daß das positive Recht gewisse Wirkungen nur an dasjenige redliche Bewußtsein knüpft, dessen Grundlage ein entschuldbarer Irrthum ist. Man kann sagen, daß dann die bona fides nicht in ihrer reinen Gestalt zur Würdigung kommt, oder: daß redliches Bewußtsein vorliegen könne, aber kein solches, wovon im positiven Recht bestimmte Wirkungen abhängig gemacht sind.

Nun wird freilich behauptet, daß bei der außerordentlichen Ersitzung das Dasein der bona fides schlechthin in Betracht komme. Allein dieß entspricht dem Inhalt der Quellen nicht.

Die Beschaffenheit des dem redlichen Bewußtsein zu Grunde liegenden Irrthums in die Wagschale der rechtlichen Prüfung zu werfen, scheint überall billig, wo der gute Glaube die Vorbedingung einer rechtlichen Begünstigung bildet. Wo dagegen das unredliche Bewußtsein zum Thatbestand eines Delikts gehört, oder wo von demselben ein besonderer rechtlicher Nachtheil abhängig ist, der einen strafartigen Charakter an sich trägt, da ist positive Rechtswidrigkeit des Willens erforderlich, da genügt zum Ausschluß dieser rechtlichen Wirkung jede irgendwie begründete Abwesenheit des unredlichen Bewußtseins, nur Unkenntniß des Strafgesetzes ausgenommen.

Diese aus allgemeiner Betrachtung gefolgerte Unterscheidung hat im römischen Rechte positive Anerkennung gefunden.

A. Fälle, in denen das rechtswidrige Bewußtsein zum Thatbestand eines Delikts gehört oder die Vorbedingung eines strafartigen Nachtheils bildet.

1) Wenn derjenige, welcher eine fremde Sache an sich nimmt, in der Meinung handelt, Eigenthümer zu sein, so begeht er keine Entwendung. Jeder Irrthum (aliquis error, aliqua

existimatio) schließt das Delikt aus, also auch ein Rechtsirrthum.

§. 5. Inst. de usucap. 1, 6.

L. 36 pr. §. 1. L. 37 pr. de usurp. 41, 3.

2) Wer wissentlich eine fremde Erbschaft in rechtswidriger Absicht in Besitz nimmt, erleidet eine besonders nachtheilige Beurtheilung im Erbschaftsstreit:

L. 25. §. 3. H. P. 5, 3: Quod autem ait Senatus: eos qui bona invasissent, loquitur de praedonibus, id est de his, qui quum scirent, ad se non pertinere hereditatem, invaserunt bona.

Als Praedo kann aber nicht angesehen werden, wer sich wenn auch aus einem Rechtsirrthum für den Erbberechtigten hält:

L. 25. §. 6 i. f. eod.: Et non puto hunc esse praedonem, qui dolo caret quamvis in jure erret.

Indeß wird gerade diese Stelle in dem (zu Gunsten des Beklagten abgegebenen) Gutachten als Zeugniß für die oben bestrittene Ansicht in Anspruch genommen. L. 25. §. 6 cit., heißt es dort, wolle den Begriff der bona und mala fides überhaupt bestimmen; es ergebe sich klar aus der Stelle, daß sie zunächst und ohne Rücksicht auf die möglichen Folgen der fides blos die Frage beantworten wolle, ob der Besitzer einer Erbschaft dann in mala fide sei, wenn er aus blosem Rechtsirrthum sich für den zur Erbschaft wirklich Berufenen halte; und diese Frage verneine sie ganz allgemein.

Diese Auffassung wird durch Inhalt und Zusammenhang der Stelle des Bestimmtesten widerlegt. Nicht um die Feststellung eines allgemeinen Begriffs war es dem Juristen zu thun sondern um die Beantwortung der besonderen Frage, was scire ad se non pertinere in dem betreffenden Senatsschlusse bedeute. Wer für den §. 6 der L. 25 cit. eine allgemeine Bedeutung in Anspruch nimmt, der muß das Gleiche für den Ausspruch in dem folgenden §. 7. gelten lassen. Hiegegen verwahren sich die heutigen Juristen fast einstimmig, unter ihnen namentlich

Savigny, System Bd. VI. S. 90 fg.

Wächter, Erörterungen zum römischen, deutschen und würtemberg. Privatrecht. Heft. 3 S. 106 Note 43.

3) Der Minderjährige, welcher sich beim Abschluß eines Rechtsgeschäfts betrüglich als volljährig ausgegeben hat, verwirkt die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung. Die fallacia, der dolus, welchen die Gesetze hiebei fordern, fällt bei jedem Irrthum weg.

Tit. Cod. si minor se majorem dixerit vel probatus fuerit 2, 43.

Man vgl. auch L. 16 §. 10 de publicanis 39, 4.

Auf diese und alle ähnlichen Fälle findet der Ausspruch in L. 76 R. J. 50, 17 Anwendung:

In totum omnia, quae animi destinatione agenda sunt, non nisi vera et certa scientia perfici possunt.

(Keine Ausnahme Const. 4 de incestis 5, 5; denn der error acrissimus und die non vilis causa deceptionis finden ihre Erläuterung in dem Gegensatz, dem affectatus insimulatusve error.

Die actio Pauliana in der Richtung gegen denjenigen, qui fraudem non ignoraverit, wird als Deliktsanspruch behandelt; darum geht sie gegen die Erben des unredlichen Käufers nur in id, quod ad eos pervenit (L. 10 §. ult. L. 11 quae in fraud. cred. 42, 8). Damit steht im Enklang, daß die strengere Haftung durch bewußte Theilnahme am Betrug des Veräußerers bedingt ist. L. 10 §. 2 eod.: „sciente" sic accipimus, te conscio et fraudem participante; non enim, si simpliciter scio, illum creditores habere, hoc sufficit ad contendendum, teneri eum in factum actione, sed si particeps fraudis est.)

B. Fälle, in welchen von der Nichtkenntniß oder dem Irrthum eine rechtliche Vergünstigung abhängig ist.

1) Der Schutz des Haussohns gegen den Anspruch aus einem Gelddarlehen ist durch eine rechtswidrige Absicht des Darlehnsgebers nicht bedingt, und nicht einmal der Umstand bildet eine Voraussetzung, daß der Letztere die Eigenschaft des Darlehnsempfängers als Haussohn kannte.

L. 1 pr. ad SC. Mac. 14, 6: placere ne cui qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset . . . actio petitioque daretur.

Wenn aber der Gläubiger das Darlehen in entschuldbarem Irrthum über die Rechtsstellung seines Schuldners gegeben hat, so wird er gegen die nach der Regel begründete Wirkung des SC. Maced. in Schutz genommen.

L. 3 pr. eod.: Si quis patremfamilias esse credidit non vana simplicitate deceptus nec juris ignorantia . . . cessabit Senatusconsultum.

L. 19 eod.: . . . aut scire potuisset.

2) Wer nach Befreiung von der väterlichen Gewalt die Verbindlichkeit aus dem früher aufgenommenen Gelddarlehen dem Gläubiger gegenüber anerkennt oder wer gar einen Schuld-

neuerungsvertrag darüber abschließt, kann sich nicht mehr mit der Berufung auf das SC. Mac. decken.

L. 2 C. ad SC. Mac. 4, 28.

Indeß wird ausnahmsweise der Schutz noch nachher gewährt, wenn jene Akte durch einen entschuldbaren Irrthum veranlaßt wurden.

L. 20 ad SC. Mac. 14, 6 . . . per ignorantiam facti.

Zur Auslegung des letztern Ausdrucks sind zu vergleichen: L. 2 L. 9 pr. de juris et facti ignor. 22, 6.

3) Die Wandlungsklage steht dem Käufer nur innerhalb sechs Monaten zu. Die Frist beginnt mit dem Abschluß des Kaufgeschäfts und nicht erst mit der Entdeckung des Fehlers. Wenn aber der Käufer nach Lage der Umstände selbst bei der größten Sorgfalt den Fehler nicht sofort wahrnehmen konnte, so sollen die sechs Monate erst von der Entdeckung an laufen.

L. 19 §. 6 L. 55 de Aed. Edict. 21, 1 . . . non idcirco tamen dissolutam ignorationem emtoris excusari oportet.

4) Das interdictum quod vi aut clam verjährt nach dem prätorischen Edikt in einem Jahr, welches von der nachtheiligen Veränderung an berechnet wird, ohne Rücksicht ob der Betroffene davon Kenntniß erlangt hat oder nicht. Ausnahmsweise wird jedoch das Interdikt nach Ablauf eines Jahrs zugelassen, wenn die Veränderung dem Beeinträchtigten in entschuldbarer Weise verborgen blieb.

L. 15 §§. 3—5 quod vi aut clam 43, 24: magna et justa causa interveniente.

Man vgl. auch über den Beginn der Frist für Agnition der bonorum possessio.

L. 1 §§. 1—4 de juris et facti ignor. 22, 6.

L. 10 de bonor. possess. 37, 1.

5) Auf die condictio indebiti hat nur derjenige Anspruch, welcher in entschuldbarem Irrthum eine Nichtschuld bezahlte.

L. 25. pr. i. f. de probat. 22, 3: justa ignorantiae causa.

6) Die einmal erbetene Gütertrennung können die Erbschaftsgläubiger nur auf Grund eines ganz entschuldbaren Irrthums rückgängig machen.

L. 2 §. 17 i. f. de separat. 42, 6: justissima scilicet ignorantiae causa allegata.

7) Der Erbe, welcher bei der Auszahlung eines Vermächtnisses versäumt hat den entsprechenden Abzug wegen der Quart

zu machen, kann das zuviel Geleistete nur dann zurückfordern, wenn ein entschuldbarer Irrthum ihn zur Entrichtung über die Pflicht verleitet hat.

L. 9 §. 5 de juris et facti ignor. 22, 6: nec stultis solere succurri.

8) Gegen den Anspruch des Gläubigers aus der Intercession kann sich die Frau ausnahmsweise auf das SC. Velleianum nicht berufen, wenn Jener sich in entschuldbarem Irrthum darüber befand, daß die Frau intercedire.

L. 17 pr. i. f. ad SC. Vell. 16, 1: tunc enim diligentiorem esse debere.

(Keine Ausnahme bildet L. 57 de ritu nupt. 23, 2, obwohl eine „ignara juris" das günstige Reskript erwirkt. Denn abgesehen davon, daß die Vergünstigung ebenso sehr den unschuldigen Kindern zu gute kommt, so vereinigten sich in dem gegebenen Fall verschiedene Umstände, welche die Gewährung der Bitte rechtfertigten „quum haec omnia in unum concurrunt.")

Nach der im Text vertretenen Unterscheidung (worüber zu vgl. Puchta Vorl. I S. 129 der fünften Aufl.) ist Entschuldbarkeit des Irrthums oder der Unkenntniß anzunehmen in nachstehenden Fällen, für welche die Beschaffenheit des unrichtigen Bewußtseins nicht ausdrücklich bestimmt ist:

a. für den Schutz der L. 17 de transact. 2, 15.

b. für den Fruchterwerb des redlichen Besitzers, wofür wohl auch Rechtmäßigkeit des Besitzes (justa causa possessionis) zu fordern sein wird. Vgl. Delbrück in Ihering's Jahrb. Bd. X. S. 139.

Zweifelhaft ist mir, ob auch die Vortheile des redlichen Besitzers hinsichtlich der Fruchterstattung im Eigenthums- und Erbschaftsprozeß durch Entschuldbarkeit des Irrthums bedingt sind. Nicht entscheidend sind die Aussprüche in L. 25 H. P. 5, 3; sie beziehen sich auf die Haftung desjenigen, qui dolo fecit, quominus possideret, wo die Deliktsnatur unverkennbar ist. Gewichtiger §. 2 Inst. de officio judic. 4, 17 verb.: si praedo fuerit. Man vgl. auch Seuffert Arch. XII. Nr. 126 Holzschuher, Theorie und Kasuistik Bd. II. §. 109 fr. 16.

Der Zweifel wiederholt sich bei Beurtheilung des redlichen Besitzes für die Frage des Ersatzanspruchs wegen Verwendungen.

Wie sehr übrigens die Forderung einer Entschuldbarkeit des Irrthums oder der Unkenntniß unserem Rechtsbewußtsein entspricht, lehren zwei wichtige Beispiele aus dem neueren Recht. Die Wirkung des Oeffentlichkeitsprincips des Hypothekenbuchs ist nach den meisten neueren Hypothekengesetzen durch den guten

Glauben des hypothekarischen Erwerbers bedingt (preuß. Landr. I, 10 §. 10; I, 20 §. 423; bayer. Hyp.-Ges. vom 1. Juni 1822 §. 25 und über andere Rechte vgl. Regelsberger, Studien im bayer. Hypothekenrechte S. 131 Note 28). Die Praxis fordert allgemein Entschuldbarkeit der Unkenntniß (Regelsberger a. a. O. S. 137 fg.). Nach Art. 306 des deutschen Handelsgesetzbuchs erlangt der redliche Erwerber, (welchem Waaren oder andere bewegliche Sachen von einem Kaufmann in dessen Handelsbetrieb veräußert und übergeben wurden, das Eigenthum, auch wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer war. Auch hiefür wird angenommen, daß die Unentschuldbarkeit des Irrthums den Begriff der Redlichkeit aufhebe. Goldschmidt in der Zeitschr. für das gesammte Handelsrecht Bd. IX. S. 29 fg.)

Zu den Begünstigungen des positiven Rechts gehört auch die Ersitzung. Sie verhilft demjenigen zum Eigenthum, welcher den Besitz einer Sache auf Grund einer zur Eigenthumsübertragung untauglichen Thatsache, aber in der Ueberzeugung erlangt hat, die Sache als die Seinige behandeln zu dürfen. Sie macht die Gebrechen des Eigenthumserwerbs unschädlich zu Gunsten des Besitzers auf Kosten des bisherigen Eigenthümers. In diesem Punkt treffen ordentliche und außerordentliche Ersitzung zusammen.

Es liegt kein Grund vor, die Folgen des mangelhaften Erwerbs demjenigen abzunehmen, welcher die Beschaffenheit desselben kannte. Es läßt sich aber diese Vergünstigung auch nicht rechtfertigen für einen Besitzer, der bei einiger Aufmerksamkeit auf die thatsächlichen Verhältnisse und bei sorgsamer Erwägung der rechtlichen Bestimmungen hätte erkennen müssen, daß er durch seine Aneignung eine fremde Rechtssphäre beeinträchtige.

Für die ordentliche Ersitzung ist es unbestritten, daß das römische Recht denjenigen, welcher sich in unentschuldbarer Weise über die Mangelhaftigkeit seines Erwerbs täuschte, nicht minder von dem Vortheil der Ersitzung ausgeschlossen hat als den darum Wissenden. Ein Hinderniß der Ersitzung ist sowohl der unverzeihliche thatsächliche Irrthum.

L. 44. §. 4 de usurpat. 41, 3.

L. 7. §. 2 pro emtore 41, 4.

L. 5. §. 1 pro suo 41, 10.

als der Rechtsirrthum

L. 31. pr. L. 32. §. 1 de usurp. 41, 3.

L. 4 de jur. et. fact. ignor. 22, 6.

In dem die einzige Grundlage der außerordentlichen Ersitzung bildenden Gesetz

C. 8 §. 1 de praescr. XXX vel XL ann. 7, 39.
wird die bona fides als Erforderniß aufgestellt ohne genauere Bestimmung ihres Wesens. Daß aber der von der Usukapion her bekannte Begriff in das neue Institut herübergenommen werden wollte, entspricht ebensosehr der gesammten Anschauung der Justinianischen Compilation über die Verleihung einer Rechtsbegünstigung als dem besondern Inhalt der C. 8 §. 1 cit. Nachdem der Kaiser im Eingang dieser Constitution erwähnt hat, daß schon nach dem bisherigen Recht der zehn- beziehungsweise zwanzigjährige Besitz einer durch Kauf, Schenkung oder ein ähnliches Geschäft in gutem Glauben erworbenen Sache nicht blos Exceptionsschutz sondern auch eine Klage zur Wiedererlangung der verlorenen Sache gewähre, fährt er im §. 1 fort: dieselbe Vergünstigung (praedictum auxilium) solle fortan auch derjenige genießen, welcher die Bedingungen der exceptio XXX vel XL annorum erfüllt habe, vorausgesetzt jedoch, daß er den Besitz in gutem Glauben erlangt:

si quidem bona fide ab initio eam rem tenuerit;

ein bösgläubiger Besitzer soll sich dessen nicht erfreuen;

sin vero mala fide eam adeptus est, indignus eo videatur.

In dem Erforderniß der bona fides stellt mithin der Kaiser die außerordentliche Ersitzung der ordentlichen gleich; die Bedeutung ist hier und dort dieselbe. Da nun nachgewiesener Maßen für die ordentliche Ersitzung ein redliches Bewußtsein nicht nützt, welches auf einem unentschuldbaren Irrthum beruht, so gilt das Gleiche für die außerordentliche Ersitzung.

Dieß ist auch die in Theorie und Praxis herrschende Ansicht. Nur Savigny (System III. S. 371. 401 fg.) und nach ihm Sintenis (practisches gemeines Civilr. §. 22 Anm. 52. §. 51. Anm. 9.) haben dagegen Widerspruch eingelegt und ihnen tritt Wächter im Gutachten §. 14. (Vgl. jetzt Wächter die bona fides S. 7 — 30, 48 fg.) mit aller Entschiedenheit bei.

Diese Schriftsteller räumen ein, daß der gute Glaube bei der außerordentlichen Ersitzung keine andere Bedeutung habe als bei der ordentlichen. Aber sie behaupten, guter Glaube und Irrthum seien zwei von einander unabhängige Bedingungen der ordentlichen Ersitzung. Der Irrthum beziehe sich blos auf den Titel. Da nun ein Titel keine Voraussetzung der außerordentlichen Ersitzung bilde, so falle bei dieser Alles, was von ihm bei der ordentlichen Ersitzung gesagt und gefordert werde, hinweg.

Solche Trennung von gutem Glauben und Irrthum ist schon an sich unnatürlich. Die Meinung, eine Sache als die Seinige

behandeln zu dürfen, oder wie man sonst die bona fides bestimmen mag, wird sich bei einem vernünftigen Menschen nur darauf stützen können, daß er einen tauglichen Erwerbsgrund für sich zu haben glaubt. Wo dies in Wirklichkeit nicht der Fall ist, da bildet die Grundlage seines guten Glaubens ein Irrthum oder eine Unkenntniß. Dieß wird auch durch die verschiedensten Aeußerungen in den Quellen bestätigt:

L. 109 de verb. signific. 50, 16: Bonae fidei emtor esse videtur, qui ignoravit, eam rem alienam esse, aut putavit, eum qui vendidit jus vendendi habere.

L. 8 pro emtore 41, 4: quomodo enim mala fide emisse videtur, qui a domino emit?

C. 7 §. 1 i. f. de agricolis 11, 47: mala fide namque possessorem esse nullus ambigit, qui aliquid contra legum interdicta mercatur. Gai. Inst. II. §. 43.

Daß der Irrthum nicht bloß den Titel betrifft, lehrt auch L. 32 §. 1 de usurpat. 41, 3.

In dieser Stelle wird untersucht, ob die irrthümliche Annahme eines gesetzlichen Ersitzungsunfähigkeitsgrunds

Schirmer in der Gießener Zeitsch. N. F. Bd. XV. S. 238 fg.

die Usukapion hindere. Unter den Gründen, welche der Jurist für die bejahende Meinung anführt, findet sich auch der, daß in jener Annahme ein Rechtsirrthum liege, welcher immer der Ersitzung schädlich sei. Man mag über die Richtigkeit dieser Begründung denken wie man will, soviel läßt sie immerhin entnehmen, daß der Irrthum von den römischen Juristen nicht blos auf den Titel bezogen wurde.

Die L. 32 §. 1 cit. könnte freilich gerade gegen die hier vertretene Ansicht und für die Behauptung verwerthet werden, daß der Irrthum nicht blos als Grundlage der bona fides in Betracht komme. Der Schluß der Stelle lautet nämlich so:

dicendum est, etiamsi erret, non procedere tamen eius usucapionem, vel quia non bona fide videatur possidere vel quia in jure erranti non procedat usucapio.

Auf den ersten Blick scheint damit der Jurist zu sagen: entweder fehlt einem solchen Besitzer der gute Glaube, oder wenn auch dieser vorliegt, so befindet er sich doch in einem Rechtsirrthum. Nach dieser Auslegung würde sich aber der Jurist einer groben Gedankenlosigkeit schuldig machen; denn wer annimmt, daß seiner Ersitzung ein gesetzliches Hinderniß im Wege stehe, hat doch gewiß kein redliches Bewußtsein.

Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts Bd. II. S. 60 fg.

Die richtige Erklärung der Stelle dürfte in Folgendem liegen. Die Beschaffenheit des Bewußtseins, welche eine Voraussetzung der Ersitzung bildet, kann durch thatsächliche Umstände ausgeschlossen sein oder durch Rechtsirrthum. Thatsächliche Hindernisse sind Kenntniß des Erwerbsmangels und unentschuldbarer thatsächlicher Irrthum. Ihnen gegenüber nimmt der Rechtsirrthum eine gewisse Selbstständigkeit ein, so daß Pomponius dahin kommen konnte, ihn als ein dem mangelhaften Bewußtsein koordinirtes Hinderniß der Ersitzung aufzuführen. Der dabei zu Grunde liegende Gedankengang ist der. Die irrthümliche Unterstellung eines gesetzlichen Ersitzungshindernisses kann einen zweifachen Grund haben: einen thatsächlichen, indem der Besitzer die Sache für geraubt oder gestohlen hält, was sie nicht ist — oder einen rechtlichen, indem er irrig das Dasein eines Gesetzes annimmt, welches die Sache nach den ihm bekannten thatsächlichen Verhältnissen der Ersitzung entziehe. So ausgelegt bekommt die angezogene Stelle guten Sinn und tritt mit der oben aufgestellten Behauptung über das Verhältniß des Irrthums zum guten Glauben nicht in Widerspruch.

L. 27 de usurp. 41, 3, welche Wächter für seine Meinung anführt, beweist dafür nichts. Celsus sagt, daß der gutgläubige Besitz für sich zur Ersitzung nicht genüge; es müsse ihm auch eine gültige Erwerbsthatsache zu Grunde liegen, welches Erforderniß durch die irrthümliche Annahme seines Daseins nicht ersetzt werde. Ein solcher Irrthum kann nun sehr wohl entschuldbar sein, wie die Anerkennung eines Putativtitels in der spätern Jurisprudenz zeigt. Genauer auf dieses Erforderniß der bona fides einzutreten war für den Juristen keine Veranlassung vorhanden.

Wächter beruft sich endlich auch auf die allgemeinen Grundsätze über Irrthum, wonach es nur beim sogenannten echten Irrthum auf Entschuldbarkeit ankomme; der Irrthum aber, aus welchem die bona fides zu erkennen sei, gehöre zum unechten.

Dagegen ist zweierlei zu erinnern. Der Satz, daß die Wirkung des sog. unechten Irrthums durch dessen Entschuldbarkeit nicht bedingt sei, ist nur Regel, nicht ausnahmsloses Prinzip:

z. B. L. 43 §. 1 de contrah. emt. 18, 1.
L. 14 §. ult. de Aed. Ed. 21, 1.

Und dann wird jene Regel in den Quellen nur für Handlungen bestätigt, bei welchen durch den Irrthum die zur rechtlichen

Gültigkeit nothwendige Uebereinstimmung zwischen Wille und Aeußerung ausgeschlossen wird, daher errantis nullà voluntas. Bei der bona fides handelt es sich aber um den Zustand des Bewußtseins, um die Gesinnung. Zwar schließt jeder Irrthum die Rechtswidrigkeit des Bewußtseins aus. Ob aber das negative Moment, Abwesenheit eines rechtswidrigen Bewußtseins zur Ersitzung genüge, ist eine Frage, für deren Lösung jene allgemeine Unterscheidung zwischen echtem und unechtem Irrthum keinen Anhaltspunkt liefert.

Es liegt nach dieser Ausführung kein Grund vor, von der herrschenden Ansicht abzugehen und die Entschuldbarkeit des dem redlichen Bewußtsein zu Grunde liegenden Irrthums als Erforderniß für die außerordentliche Ersitzung aufzugeben. Gleichwohl und trotzdem der Irrthum, in welchem Frau von Wülknitz befangen war, den Character eines Rechtsirrthums hatte, konnte die Ersitzung des Gutes Gollmenglin durch sie von Statten gehen.

Der Rechtsirrthum gilt durchaus nicht unter allen Umständen für unentschuldbar. Wenn Jemand die richtige Einsicht in ein Rechtsverhältniß weder aus eignem Wissen noch durch Befragung von Rechtsverständigen gewinnen konnte, so fällt der Grund hinweg, warum der Rechtsirrthum von den durch Irrthum bedingten Begünstigungen ausschließt (non prodest): quum jus finitum et possit esse et debeat (L. 2 de jur. et fact. ignor. 22, 6).

Unter dieser Voraussetzung wird in den Quellen der Rechtsirrthum mit dem entschuldbaren thatsächlichen auf eine Linie gestellt.

L. 9 §. 3 eod.

L. 10 de bon. possess. 37,1: scientiam enim non hanc accipi, quae juris prudentibus sit, sed eam, quam quis aut per se habeat aut consulendo prudentiores assequi potest.

L. 2 §. ult i. f. quis ordo in poss. 38, 15: ut diligentem patremfamilias consulere dignum sit.

Frau von Wülknitz hatte diese von den römischen Juristen aufgestellte Pflicht erfüllt und einen Rechtsverständigen berathen: als ihr Vertreter im Publicationstermin vom 31. August 1765 erschien der Advokat Johann August Otto.

Und daß ein Rechtsverständiger nach Beschaffenheit des Testaments sehr wohl zu dem Urtheil von dessen Ungültigkeit ge-

langen konnte, ist schon oben erwähnt und wird auch von denjenigen eingeräumt werden müssen, welche aus dem Testament eine andere Rechtsüberzeugung schöpfen.

Abweichend hievon glaubt der Vorrichter aus den gesammten Umständen nur einen Zweifel der Frau von Wülknitz an dem Rechte ihrer Gegner, nicht einen wirklichen Irrthum derselben über den Rechtsbestand des Testaments folgern zu dürfen: „Denn — heißt es — daß die Frau von Wülknitz durch den Einblick in das Testament und Kodizill den wahren Stand kennen gelernt habe, mußte man auch der Ansicht des letzten Richters zufolge insolange annehmen, bis das Gegentheil — natürlich vom Reprobanten — erwiesen war. Da Letzteres nicht erfolgt ist, mußte der Hauptbeweis nach der Seite eines etwaigen Gegenbeweises des Irrthums für nicht entkräftet erachtet werden. Der Annahme, daß Frau v. Wülknitz bezüglich der Destitutionsfrage im Zweifel gewesen sei, kann man nicht ausweichen u. s. w."

Der hier eingenommene Standpunkt einer positiven Voraussetzung zu Gunsten des beweispflichtigen Klägers erscheint als unzulässig. Beweis und Gegenbeweis können nur als ein Ganzes zur Würdigung kommen. Die Erfahrung bietet durchaus der Annahme keine Stütze, daß über eine verwickelte und zweifelhafte Rechtssache eine Partei dieselbe rechtliche Ueberzeugung gewinnen wird wie der unbetheiligte Richter. Im Gegentheil, Frau von Wülknitz müßte im vorliegenden Fall von einer seltnen Unbefangenheit und Selbstbeherrschung gewesen sein, wenn sie bei bewandten Umständen nicht zu einer ihren Erbansprüchen günstigen Meinung in der Destitutionsfrage gelangt wäre.

Freilich dazu war die Sache nicht angethan, in der Frau von Wülknitz und ihren rechtlichen Berathern jeden Gedanken an die Möglichkeit einer anderweitigen rechtlichen Auffassung fern zu halten. Solche Erwägung ist auch wie es scheint damals aufgetaucht, und ihr verdankte aller Wahrscheinlichkeit nach der Entschluß der Frau von Wülknitz seine Entstehung, über ihre Berechtigung das Gutachten einer angesehenen rechtswissenschaftlichen Körperschaft einzuholen.

Allein daraus kann mit dem Vorrichter keineswegs die mala fides der Frau von Wülknitz gefolgert werden, aus einem doppelten Grund nicht.

Einmal ist mit der vollkommnen Ueberzeugung einer Person von ihrem Recht sehr wohl die Besorgniß verträglich, daß dasselbe dereinst vor Gericht keine Anerkennung finden möchte. Von dieser Möglichkeit einer ungünstigen richterlichen Entscheidung allein

spricht die im vorrichterlichen Erkenntniß für einen ganz andern Satz angezogene C. 10 i. f. de adqu. possess. 7, 32. Da sich diese Möglichkeit Jeder vor Augen halten muß, dessen Recht gerichtlich angegriffen wird, so würde man mit einer andern Ansicht über das Verhältniß dieser Besorgniß zum Bewußtsein des Besitzers folgerichtig annehmen müssen, daß durch die Prozeßeröffnung jeder Besitzer in unredliches Bewußtsein versetzt werde. Dieser Satz widerstreitet aber ebensosehr der Natur der Sache als den bestimmten Aussprüchen der Quellen.

Kierulff, Theorie des Civilrechts Bd. I. S. 277 Note *.

Nun kann die Anfrage bei der Göttinger Fakultät sehr wohl dem Wunsche der Frau der Frau von Wülknitz entsprungen sein, nach dieser Seite größere Sicherheit zu gewinnen.

Wenn aber auch die Ansicht derselben, daß das Testament ihres Bruders ungültig sei, nicht ganz frei von Bedenken war, so stempelt dieß ihr Bewußtsein nicht nothwendig zum unredlichen. Es ist nämlich der Ausführung der vorigen Instanz, daß jeder Zweifel des Besitzers an seinem Recht den guten Glauben, wie er zur Ersitzung erforderlich ist, ausschließe, nicht beizutreten.

Nirgends fordert das Recht absolute Gewißheit, es würde damit seinen praktischen Werth aufgeben. Auch entsteht in den meisten Fällen eine Ueberzeugung nur aus dem Ueberwiegen der Gründe über die Gegengründe, seltner werden die letzteren in der Vorstellung des Urtheilers alle und jede Bedeutung verlieren. Es werden wenige Eigenthümer in der günstigen Lage sein, an ihrem Recht nicht den geringsten Zweifel zu haben, zumal wenn sie dasselbe auf einen letztwilligen Erwerb zurückführen. Und doch wird ihnen nicht darum schon unredliches Bewußtsein zum Vorwurf gemacht werden können. Vielmehr liegt redliches Bewußtsein insolange vor, als die Zweifelsgründe an Stärke den Gründen für den Glauben an das Recht nachstehen.

Diese Ansicht wird von der Mehrzahl der neueren Schriftsteller getheilt, welche dieser Frage eine eingehendere Untersuchung gewidmet haben. So von

Möllenthiel, über die Natur des guten Glaubens S. 39 Note 118 (welcher Schriftsteller sehr mit Unrecht für die gegentheilige Meinung als Gewährsmann angezogen wird).

Schirmer in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß N. F. Bd. XV. S. 225—229.

Windscheid im Pandektenlehrbuch §. 176 Note 3, und selbst

Unterholzner, Verjährungslehre Bd. I. §. 98 (S. 330 der 2. Aufl.) und §. 117. III. (S. 408)
kann nicht als Gegner betrachtet werden.

Die spärlichen Aussprüche der Quellen über diesen Punkt stehen dieser Ansicht mindestens nicht entgegen. Denn die gekünstelte Auslegung, mittelst deren der Vorrichter aus

C. 30 de evict. 8, 45

ein Zeugniß für das Gegentheil gewann, verdient keinen Beifall. Die Stelle sagt nicht mehr und nicht weniger als daß aus der Forderung des Käufers nach Sicherheitsleistung wegen Entwährung auf dessen unredliches Bewußtsein nicht geschlossen werden könne.

Leuterungsurtheil in S. des Premierlieutenants a. D. Ludwig Friedrich August von Metzsch in Dresden, Klägers, gegen Seine Hoheit den Herzog Leopold Friedrich von Anhalt als privaten Besitzer des Ritterguts Gollmenglin, Bekl. wegen Herausgabe des Ritterguts Gollmenglin nebst Zubehör (März 1870).

II.

Die gleichzeitige Ausübung von Besitzhandlungen an demselben Grundstücke durch mehrere Parteien schließt die Ersitzung für jede aus. — Singularitas testium adminiculativa. — Verwerfung der Eideszuschiebung trotz Ungehorsams des Delaten in der Erklärung auf den angetragenen Eid.

Die Gesammtheit dieser Aussagen begründet die vollständige Ueberzeugung, daß die Klägerin sich in den letzten zehn Jahren im ausschließlichen Besitz des streitigen Stück Lands nicht befand, und daß die Beklagten vermöge der theils in eigner Person theils durch Vertreter vorgenommenen Besitzhandlungen ebensoviel Anspruch auf Anerkennung als Besitzer haben. Da aber mehrere Personen dieselbe Sache nicht so besitzen können, daß sie Jeder ganz hätte,

L. 3 §. 5. D. de adquir. vel amitt. psoses. 41, 2,

da ferner im vorliegenden Fall die Voraussetzungen zu einem Mitbesitz der beiden sich gegenüberstehenden Parteien nach ideellen Theilen durchaus fehlen, so folgt, daß keiner von ihnen der Besitz d. h. die ausschließliche Herrschaft über das streitige Land zugeschrieben werden kann. Damit ist der Ersitzungsbeweis der Klägerin vernichtet.

Das vorstehend entwickelte Beweisergebniß darf darum nicht angezweifelt werden, weil die Aussagen der einzelnen Gegenbe-

weiszeugen sich größtentheils nicht auf dieselbe Besitzhandlung beziehen, während doch nach der Regel Ein Zeuge höchstens halben Beweis macht. Es handelt sich hier um den Beweis über eine Mehrheit so zu sagen vertretbarer, über einen langen Zeitraum sich vertheilender Thatsachen, die sämmtlich auf eine einheitliche Rechtswirkung gerichtet sind. Wollte man hiebei jene Regel festhalten, so würde die Beweisführung für solche Fälle, also namentlich auch für die Ersitzung eines Rechts, dessen Ausübung in einzelnen getrennten Handlungen besteht, nahezu eine Unmöglichkeit. Deshalb hat sich in der Praxis der ältern und neuern Zeit die überwiegende Ansicht dahin entschieden, daß bei einem Beweis der bezeichneten Art, trotzdem daß jede Thatsache nur durch Einen Zeugen bestätigt wird, volle Ueberzeugung begründet werden könne, wenn nur die Zeugnisse selbst materiell in einander greifen (eine sog. singularitas testium adminiculativa).

Gaill, Observat. II. obs. 66 Nr. 11. 12.
Struben, rechtliche Bedenken Thl. V. Bd. 71.
Seuffert's Archiv für oberstricht. Entscheid. Bd. VI. Nr. 68. Bd. XIII. Nr. 191; nicht entgegen obwohl strenger Bd. XIV. Nr. 255.

Der Widerspruch einzelner Theoretiker
z. B. Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen Bd. I. S. 180—191.
vermochte dagegen nicht durchzubringen.

Man vgl. Wetzell System des Civilprocesses §. 23 a. E.
Langenbeck, Beweisführung S. 408 Note a S. 505, 506 Note a.
Seuffert, Kommentar zur bayer. Gerichtsordnung 2. Aufl. Bd. III. S. 125 fg.

* * *

. . . Gleichwohl konnte eine Eidesauflage nicht mehr Platz greifen.

Die gesetzliche Fiktion der Eidesannahme ersetzt nur die mangelnde Erklärung der Gegenpartei, schließt aber so wenig als die ausdrückliche Annahme die selbstständige richterliche Prüfung über die Zulässigkeit der Eideszuschiebung aus.

Langenbeck, Beweisführung S. 743.
Seuffert's Archiv für oberstrichterl. Entscheid. Bd. XXI. Nr. 169.

Das heutige Prozeßrecht macht dem Richter zur Pflicht, Eide über Rechtsverhältnisse oder Rechtsbegriffe hintanzuhalten.

Denn die damit dem Schwörenden zugemuthete rechtliche Beurtheilung von Thatsachen öffnet dem Mißbrauch und Irrthum eine Thüre und raubt der Eidesleistung die Fähigkeit, der richterlichen Ueberzeugung eine sichere Grundlage zu gewähren.

Savigny, System des römischen Rechts Bd. VII. S. 86.
Wetzell, Civilproceß S. 245 (2. Aufl.)
Seuffert's Archiv für oberstrichterl. Entscheid. Bd. XXI. Nr. 168. Bd. XXVIII. Nr. 275 und dort citi.

Urtheil in S. der Frau Therese Bergmann in der Sorbitzmühle, Klägerin, gegen den Zimmermeister Heinrich Wilhelm Zeuner in Braunsdorf und Ferdinand Limke in Oberwirbach, Beklagte, wegen Eigenthumsstörung (September 1870).

(Schluß folgt.)

V. Rescission einer gerichtlich genehmigten Gutsversteigerung; Nothwendigkeit förmlicher Klage.

Eine gerichtlich genehmigte Immobiliarversteigerung kann, zumal wenn daraufhin bereits Besitzergreifung stattgehabt hat, nicht im Wege der Remonstration oder außergerichtlichen Beschwerde, sondern nur mittelst förmlicher Klage gegen den neuen Erwerber angefochten werden.

Mitgetheilt von W. Heinzerling.

I. Die zur Masse gehörigen Liegenschaften waren zur öffentlichen Versteigerung gebracht worden. J. B. F. erkaufte das Haus und nahm dasselbe auf Grund richterlicher Genehmigung in Besitz. Als der Cridar verschiedner Gründe halber die nochmalige Versteigerung prätendirte, verwarf das Landgericht seinen Antrag,

„in Erwägung der fragliche Antrag nicht begründet ist, weil die durch die frühere Versteigerung der Liegenschaft qu. entstandenen Kaufverträge zur Perfektion gediehen sind, indem die Tradition der Kaufobjekte bereits erfolgt und dadurch das Eigenthum von dem Käufer erworben worden ist;

in Erwägung, daß es hiernach zwecklos sein würde, eine mit den Rechten Dritter collidirende Maßregel anzuordnen, bevor diese Rechte auf gesetzlichem Weise beseitigt sind, und jene Maßregel sonach einen rechtlichen Erfolg nicht voraussehen läßt ꝛc."

und das höchste Gericht pflichtete dieser Auffassung bei, nachdem sich der Referent dahin ausgesprochen hatte:

„Die dermalen beanstandete Immobiliarversteigerung ist von einer Mehrheit von Gläubigern und dem Gerichte genehmigt, die Kaufbriefe sind ausgefertigt und richterlich bestätigt, die Steigerer befinden sich seit Jahren im Besitz der ersteigten Objekte und haben bereits bedeutende Theile der Kaufpreise berichtigt.

Sie haben daher einen vollgiltigen Titel für den Erwerb des Eigenthums sowohl, als für ihren ausgeübten Besitz und sind deßhalb zu dem Verlangen berechtigt, in ihrem vorerst als wohlerworben zu betrachtende Recht resp. Besitz so lange belassen zu werden, als die Ungiltigkeit des Fundaments desselben nicht auf dem Wege der Klage gegen sie dargethan wird.

Von solchen Gesichtspunkten ist dieses oberste Gericht in einer Menge von Fällen ausgegangen und hat stets angenommen, daß wenn in Gefolge einer öffentlichen und insbesondere gerichtlich genehmigten Versteigerung der Besitz des Steigobjekts bereits auf den neuen Erwerber übergegangen sei, der Rechtsbestand der Versteigerung nicht durch Remonstrationen bei dem Gericht, das die Versteigerung abgehalten hat, resp. mittelst Querelen bei dem höheren Gericht, sondern einzig und allein vermittelst einer besonderen, gegen den Erwerber gerichteten Klage angefochten und resp. aufgehoben werden könne.

In der That fällt es auch in die Begriffe, daß ein perfektes und schon consumirtes Rechtsgeschäft nicht so ohne Weiteres, wie es der OAnt will, annullirt werden darf, daß es vielmehr ein geregelter Rechtszustand unumgänglich erfordert, daß die aus einem solchen Rechtsgeschäft den Contrahenten resp. einem derselben erwachsenen Rechte so lange respectirt werden müssen, bis die Fehlerhaftigkeit des Titels, auf welchem sie beruhen, im Wege Rechtens durch rechtskräftiges Urtheil constatirt ist.

In S. des Damian Strauß in Bensheim, Kl., Aanten und OAanten gegen J. B. Feigel das., Verkauf eines zur Concursmasse des Damian Strauß gehörigen Hauses betr.

II. In einer Concurssache hatte das Landgericht einen Acker zur öffentlichen Versteigerung gebracht, die Genehmigung ertheilt und war der Acker hiernächst vom Steigerer in Besitz genommen worden. Einige Zeit nachher versuchte ein Gläubiger die fragliche Versteigerung anzufechten und zwar im Wege der Beschwerde an das Hofgericht. Dieses wies die Beschwerde aber ab, „weil nach dem Bericht Gr. Landgerichts Z. der Steigerer des Ackers den Acker alsbald nach der ihm eröffneten Genehmigung in Besitz

genommen, bepflanzt hat und bis jetzt in ungestörtem Besitz geblieben ist, und weil nach feststehender Rechtsprechung (cf. Hofg.-Notiz Nr. 303 [1]) eine gerichtlich genehmigte Versteigerung nicht, und wenigstens dann nicht mit einer außergerichtlichen Beschwerde, sondern nur auf dem Wege der Klage angefochten werden kann, wenn die Besitzergreifung des Streitobjekts durch den Käufer auf Grund dieser Genehmigung bereits stattgefunden hat."

Auch der höchste Gerichtshof pflichtete dieser Auffassung bei, indem er die an ihn verfolgte Beschwerde als unbegründet verwarf.

Verf. des OAG's in Darmstadt vom 29. Sept. 1871 in S. den Concurs über das Vermögen des Adam Habermehl von Reichenbach, dermalen in Bensheim betr.

VI. Verhältniß der auf Ausfertigung und Unterzeichnung der Eigenthumsurkunde gerichteten Klage des Käufers eines Immobiles zu der Klage desselben auf Ingrossation des Erwerbtitels.

Mitgetheilt von Herrn Hofgerichtsrath ** in D.

Die Klage war darauf gerichtet, die Beklagte, welche den Klägern, — ihrem Sohn und ihrer Schwiegertochter — die ihnen zugesicherte Hofraithe mit Zubehör bereits reell übergeben haben, zu verurtheilen, unter Kostenersatz:

1) zur Ausfertigung der nöthigen Erwerbsurkunde durch Unterzeichnung derselben mitzuwirken und diese Immobilien
2) im Grundbuch resp. Mutationsverzeichniß auf den Namen der mitklagenden Ehefrau als unbeschränkt überschreiben zu lassen.

Die Ausfertigung und Unterzeichnug der Eigenthumsurkunde gehört allerdings nur zur Solennisirung des Vertrags, da sie die der Uebertragung des Eigenthums

---

[1]) „Eine gerichtlich genehmigte Versteigerung kann nicht mit einer außergerichtlichen Beschwerde, sondern nur auf dem Wege der Klage angefochten werden." Besch. Hofgerichts bestätigt vom O.-A.-G. am 29. April 1854.

resp. der Möglichkeit des Eigenthumserwerbs durch Tradition auf Grund einer justa causa praecedens vorausgehenden Förmlichkeiten betrifft.

Anders verhält es sich dagegen mit der auf Ingrossation gerichteten Klage. Nach Art. 1 des Gesetzes vom 21. Februar 1852 kann die Uebertragung des Grundeigenthums in Gefolge eines rechtmäßigen Titels nur durch den Eintrag in das Mutationsverzeichniß geschehen und wenn daneben auch die reelle Tradition erfolgen muß, so ist doch in allen Fällen, wo wie im vorliegenden Falle dieser bereits vorausgegangen ist, mit der Erwirkung dieses Eintrags Alles geschehen, was der Veräußerer zur Erfüllung eines auf Eigenthumsübertragung oder auf Ueberlieferung zum Zwecke des Behaltens gerichteten Vertrags obliegt. Die Ingrossation kann aber nach Art. 6 Pos. 1 dieses Gesetzes erst dann verlangt werden, wenn die, im Zweifel beabsichtigte sofortige Zahlung des Kaufpreises resp. die Erfüllung der Gegenleistung, sofern für dieselbe kein Credit verwilligt war, erfolgt ist.

Die Klage auf Ingrossation ist hiernach eine Klage auf vollständige Erfüllung des Vertrags von Seiten des Veräußerers uud setzt daher voraus, daß der Klagende selbst erfüllt habe. Es steht mithin diesem, wenn er eher klagt, als er selbst erfüllt hat, die s. g. exceptio non adimpleti contractus entgegen [1]).

Die Gründe der hofgerichtlichen Entscheidung stellen sich daher als unrichtig dar, indem dieselbe davon ausgeht, die nicht blos auf Unterzeichnung des Kaufbriefs, sondern auch auf Erwirkung der Ingrossation gerichtete Klage sei keine solche auf Erfüllung und die Einrede der noch nicht erfolgten Erfüllung könne ihr nicht entgegengesetzt werden, weil es sich um Herstellung eines formellen Acts handle. Der Eintrag in das Grundbuch hat nach unserem Gesetz sehr wesentliche materielle Folgen und kann keinem Veräußerer zugemuthet werden, ehe die Erfüllung, wenn sie nicht befristet ist, erfolgte, seinerseits zu erfüllen, und Beklagte konnten daher auch zur Zeit nicht zur Erwirkung dieses Eintrags condemnirt werden, wenn die Erfüllung nicht vollständig nachgewiesen war.

Urtheil des O.-A.-G's zu Darmstadt v. 5. Nov. 1872 in S. der Löb Schaats Eheleute zu Georgenhausen, Kl. 2c., g. Nathan Schaats Eheleute von da, nun zu Gedern, Kl., Solennisirung eines Kaufvertrags betr.

1) Vgl. auch dies. Arch. N. F. Bd. 8 S. 408. A. d. R.

VII. In den von den althessischen Verordnungen beherrschten Landestheilen ist eine förmliche gerichtliche Bestätigung des Verzichts einer Ehefrau auf ihre weiblichen Rechtswohlthaten nicht erforderlich.

Mitgetheilt von W. Heinzerling.

Die Frage, ob in den Landestheilen, wo die Verordn. v. 2. März 1795 und 25. März 1812 gelten, Verzichte der Ehefrauen einer förmlichen Bestätigung bedürfen, ist für die Interessenten in doppelter Richtung von besonderer Wichtigkeit, einmal wegen der Gültigkeit des Geschäfts an sich, sodann wegen des im Falle der Bejahung erforderlichen Contractenstempels. Bis vor Kurzem lag eine desfallsige unzweifelhaft klare präjudicelle Entscheidung des höchsten Gerichts nicht vor, und da in der fraglichen Richtung die Ansichten der beiden Hofgerichte zu differiren schienen, so hatte Gr. Ministerium der Justiz durch Rescript v. 17. Jan. 1870 die Untergerichte anweisen lassen (vgl. Nr. 4 der Generalien des Hofgerichts der Prov. St. von 1870), vorsorglich die Form der Bestätigung und Besiegelung überall zu beobachten und dabei den Contractenstempel zu wahren. Neuerdings hat nun aber der höchste Gerichtshof die Nothwendigkeit der Bestätigung **verneint** und scheint damit jeder Grund weggefallen zu sein, fernerhin die Bestätigung zu erbitten und resp. vorzunehmen, wodurch denn auch von Anwendung des Contractenstempels nicht mehr die Rede sein könnte [1]).

Bei dem **höchsten Tribunal** äußerte sich der **Referent** wie folgt:

Um die wirksame Entsagung auf die Rechtswohlthat des Vellejanischen Senatusconsults und der Auth. si qua mulier näher festzustellen, hat die Verordn. v. 2. März 1795 bestimmte Vorschriften gegeben, die bei Vermeidung der **Nichtigkeit** der geschehenen Entsagung beachtet werden sollen. Es wird nach solchem die Frage, welche Vorschriften hier für die Verzichtleistung gegeben worden sind, und insbesondere für den vor-

---

[1]) Sollte es nicht auch angezeigt sein, das Ausschreiben v. 17. Jan. 1870 resp. Nr. 4 der Darmstädter Hofgerichtsgeneralien v. 1870 ausdrücklich zurückzunehmen?

liegenden Fall, ob gerade für die Verzichtleistung die richterliche Confirmation und Siegelung vorgeschrieben steht, denn wenn dieses wäre, so könnte ich mit dem oantischen Anwalt nicht zweifeln, daß die in Frage stehende Verzichtleistung, der eine solche Confirmation und Siegelung abgeht, nach der ausdrücklichen Bestimmung der angegebenen Verordnung, die blos einer nach ihrer Vorschrift eingerichteten förmlichen Verzichtleistung rechtliche Wirkung beilegen will, „für null und nichtig" zu erklären sei. Jenes aber, daß die Confirmation und Siegelung zu der Verzichtleistung für sich gehörte, kann ich mit den vorderen Instanzen nach Maßgabe der Bestimmungen unserer Verordnung nicht annehmen. Die Verordnung giebt nämlich im Einzelnen an, wie die Belehrung der Ehefrau bezüglich der ihr zu Statten kommenden Rechtwohlthaten und ihrer Verzichtleistung auf solche geschehen soll, ferner daß von ihrer Seite nicht der einfache Verzicht genügen, daß sie vielmehr nach ihrer vorgängigen Belehrung über die Folge der Verzichtleistung, die Vollziehung der verordneten Erklärung der gesetzlich gegebenen weiblichen Rechtswohlthaten und die von ihr geschehene Verzichtleistung auf dieselben durch Unterschrift nochmals besonders bescheinigen soll. Indem die Verordnung dieses im Anschluß auf eine von der Ehefrau mit ihrem Manne gemeinschaftlich ausgestellte Obligation, für welche, in Berücksichtigung der zu der Obligation kommenden Verpfändung von Grundstücken, gleichwie nach deutschem Recht (Glück, Erl. d. Pand. Thl. 18 S. 293—295), insbesondere nach dem hessischen Contractreglement vom 21. Febr. 1770 §. 8—11 die richterliche Confirmation vorgeschrieben war, angiebt, so schreibt sie hier zugleich vor, wie die Entsagung auch in der Confirmation ausdrücklich noch zur Erwähnung kommen soll, anders wird der Confirmation nicht gedacht. Die Verordnung sagt nämlich nach Aushebung der für die Verzichtleistung in das eingeführte Formular der auszufertigenden Obligationen und Pfandverschreibungen aufgenommenen Stelle: „Also soll auch der Richter a) diese Stelle insbesondere der verzichtleistenden Ehefrau jedesmalen deutlich vorlesen, ihr solche noch näher erklären, auch sie von den Wirkungen, welche die jetzo geschehende Verzichtleistung nach sich ziehet, hinlänglich belehren, und wann dieselbe wirklich sich dazu einverstehet, alsdann der von Mann und Frau unterschriebnen Obligation die gewöhnliche Confirmation unter der ausdrücklichen Bemerkung:

„daß die Ehefrau den weiblichen Rechtswohlthaten, nachdem ihr deren Inhalt behörig vorgelesen und erkläret, sie auch von

den Folgen der desfallsigen Verzichtleistung genugsam belehrt worden, entsagt habe,"

mittelst seiner Unterschrift und des Amtssiegels anhängen." Es wird also hier die Confirmation nicht für die Verzichtleistung vorgeschrieben, sondern umgekehrt die Verzichtleistung um der sonst gewöhnlichen Confirmation willen, die für die Obligation zu erfolgen hat, in ihrer Stellung zu dieser näher geordnet, so daß, wo keine Confirmation sonst sich vorgeschrieben findet, einfach nicht eintritt, was von ihr angegeben ist, und nicht ohne dieses die Confirmation hinzuzukommmen hat: sie ist selbstständig für die Verzichtleistung der Ehefrau nicht vorgeschrieben. Die Verordnung giebt die Art der Belehrung und die Bescheinigung von diesem ganz neu an, der Confirmation gedenkt sie dabei aber als der gewöhnlichen für die Obligation, und es kann somit, was nach ihr „der rechtsbeständige Verzicht einer Ehefrau auf die weiblichen Rechtswohlthaten ganz wesentlich voraussetzen" soll, nur unter jene Bestimmungen fallen. Auch nach dem Contractenreglement war die Confirmation nur für die Obligationen und Schuldverschreibungen angegeben und hierbei gesagt, daß der Beamte bei der Confirmation vornemlich des Schuldners Weib die beneficia muliebria erklären und daß sie ihnen entsagt, in der Confirmation ausdrücklich melden soll, somit die Confirmation auch hier nicht sowohl für die Verzichtleistung, als in Ansehung der Obligation bestimmt. Ein Anderes läßt sich daher auch aus der Verordnung v. 2. März 1795 nicht unterlegen. Ist nach solchem dann die Confirmation nicht für die Aufrechterhaltung der Verzichtleistung besonders vorgeschrieben, sondern dieselbe nur nach ihrem Vorkommen bei den Obligationen in Erwähnung gebracht, so ergiebt sich, daß die Confirmation auch nicht weiter, als sie sonst vorkommt, vorgeschrieben ist, und daß sie, wenn nicht unter a, so auch nicht unter b des Art. 12 der Verordnung v. 2. März 1795, in welchem Falle es ebenso gehalten werden soll, als wesentliches Erforderniß für die Verzichtleistung der Ehefrau gelten kann. Soviel ich finden kann, ist in diesem Sinne die Verordnung v. 2. März 1795 auch ebensowohl von Grm. Hofgericht der Provinz Oberhessen (Arch. f. pr. R. W. Bd. VII. S. 334—335 Note), auf dessen entgegengesetzte Rechtsprechung der oantische Anwalt sich besonders beziehen will, als bereits auch von höchstem Tribunal (1856 in S. Voorduin g. Wittwe Seipp in Gießen, Arch. f. pr. R. W. Bd. IX. S. 132) zur Erklärung gekommen. Die von dem oantischen Anwalt weiter berufene

neuere Anordnung Grn. Ministeriums der Justiz, daß die Stadt- und Landgerichte künftig bei Verzichtleistungen der Ehefrauen auf ihre weiblichen Rechtswohlthaten in allen Fällen die Form der Bestätigung und Besiegelung beobachten und dabei den Contractenstempel wahren sollen, kann natürlich, soweit dieses nicht nach der Verordnung v. 2. März 1795 Erforderniß ist, im Versäumungsfall selbst von jetzt an nicht die Ungiltigkeit der Verzichtleistung bewirken.

Der Correferent erklärte sich mit dem Antrage des Referenten, „welcher ganz der von dem hohen Tribunal bereits früher ausgesprochnen Ansicht entspreche", einverstanden und wurde demgemäß vom Colleg erkannt.

Erk. des OAG's in Darmstadt in S. der Franz Bilstein III. Ehefrau in Bürstadt, Bekl., Aantin, OAantin g. Michael Aron in Worms, Kl. 2c., Forderung betr. v. 26. März 1872 Jud. Nr. 44.

VIII. Alimentationsanspruch des Ehemannes gegen seine Ehefrau; Prozeßkosten.

Mitgetheilt von Herrn Justizrath Dr. Kritzler in Darmstadt.

Fabrikant W. R. in M. war in Concurs gerathen. Noch bevor dieser Concurs seine definitive Erledigung gefunden hatte, wurde R. Gerant der Firma W. R., L. und Comp. zu M. Stiller Theilhaber dieses Handelsgeschäfts war mit einer bedeutenden Geldeinlage L. L. zu D. Es entspann sich eine Reihe von kostspieligen weitaussehenden Prozessen zwischen L. und R., so daß Letzterer sich veranlaßt sah, um die Wohlthat des Armenrechts nachzusuchen. Dieses Gesuch wurde jedoch in 3 Instanzen abgeschlagen. Dabei war u. A. in den Motiven höchster Instanz hervorgehoben worden: Die Ehefrau R. befinde sich im Besitze eines beträchtlichen Vermögens; sollte dasselbe auch Sondergut sein, so sei die Ehefrau doch verbunden, ihrem Ehemanne, falls derselbe, sich selbst zu unterhalten, nicht im Stande wäre, die erforderlichen Mittel zum Unterhalte zu geben; zu Alimenten würden aber auch die nothwendigen Prozeßkosten gerechnet, weßhalb das Gesuch des W. R., in seinen Prozessen gegen L. zum Armenrechte zugelassen zu werden, zu verwerfen sei.

Entsch. OA. u. C. G's zu Darmstadt v. 26. Nov. 1872

zu Nr. A. 991 in S. des W. Rexroth von Michelstadt, Bekl., g. Liebmann Lehmann von Darmstadt, nun zu Frankfurt a. M. Kl., wegen Stellung einer Bilanz, hier Ges. des Bekl. um Zulassung zum Armenrechte betr.

IX. Inwiefern schließt eine der Ehefrau im Ehescheidungsprozesse vom Ehemann zugesicherte periodische Alimentationssumme deren Recht, Prozeßkostenvorlage zu verlangen, aus[1])?

Mitgetheilt von W. Heinzerling.

Im Anfang des Ehescheidungsprozesses war dem Kläger eine Prozeßkostenvorlage für den Anwalt der Beklagten aufgegeben und diese auch bezahlt worden. Nachmals vereinbarten sich die streitenden Theile die Scheidung außergerichtlich zu erwirken und wurde zugleich bestimmt: „Bis zur Scheidung und Vermögenstrennung zahlt Kläger seiner Frau eine wöchentliche Alimentationssumme von 7 fl. 12 kr." Da die Scheidung nicht zu Stand kam und folgeweise der Prozeß fortgesetzt wurde, verlangte der Anwalt der Beklagten eine weitere Kostenvorlage, die der Kläger aber deßhalb weigerte, weil die Beklagte die Kosten aus der ihr bewilligten Alimentationssumme bestreiten müsse. Die Sache gelangte schließlich in die höchste Instanz und bemerkte der Referent, nach dessen Antrag concludirt wurde, im Wesentlichen:

Es kommt bei der zu entscheidenden Frage Alles darauf an, was die Paciscenten unter Alimentationssumme verstanden haben, zu welchem Zwecke der Beklagten die 7 fl. 12 kr. zugesichert worden sind. Wenn nun auch die in der Praxis angenommene Verbindlichkeit des Ehemanns zur Zahlung der Prozeßkosten aus dessen Alimentationspflicht hergeleitet wird, hiernach also Alimente im weiteren Sinne auch die Prozeßkosten in sich begreifen, so verstehen doch die Gesetze unter Alimenten in der gewöhnlichen und engeren Bedeutung des Wortes nur die Mittel zum Lebensunterhalt, nämlich Nahrung, Kleidung und Wohnung,

---

[1]) Vgl. hierzu dies. Arch. N. F. Bd. VIII. S. 340 ff. insbes. S. 345 Note 16.

l. 6 l. 23 D. de alimentis (34. 1).
und hiermit stimmt auch der Sprachgebrauch des gemeinen Lebens überein. Daß die Paciscenten von der gewöhnlichen Wortbedeutung hier abgewichen seien, die Absicht gehabt hätten, daß Beklagte mit der stipulirten Summe neben ihrem Unterhalte auch noch die Prozeßkosten bestreiten solle, läßt sich umsoweniger unterstellen, als die Prozeßkosten, deren Betrag sich nicht, wie dies bei den Kosten der gewöhnlichen Lebensbedürfnisse der Fall ist, nach der Zeitdauer bemessen läßt, je nach Bedürfniß vorgeschossen zu werden pflegen, die Vorlage aber nicht in der Art geschieht, daß ein gewisser, von dem Pflichtigen periodisch zu zahlenden Betrag ein für allemal zum Voraus bestimmt wird. Für die hier angenommene Auslegung der Uebereinkunft v. 26. Nov. 1864 scheinen mir aber auch die Umstände, unter welchen dieselbe abgeschlossen wurde, entschieden zu sprechen. Als die Beklagte im Laufe des Prozesses sich factisch von dem Kläger getrennt hatte, stellte sie den Antrag, daß dem Kläger aufgegeben werde, ihr standesgemäße Alimente zu verabreichen, namentlich wöchentlich 8 fl. zu bezahlen, und in dem zur Verhandlung über diesen Antrag anberaumten Termin kam die mehrerwähnte Vereinbarung über die an die Beklagte zu zahlende Alimentationssumme zu Stande. Diese wurde also nur aus Veranlassung der factischen Trennung der Eheleute und mit Rücksicht auf diese stipulirt und sollte nach Intention der Contrahenten offenbar blos einen Ersatz dafür bilden, was Beklagte in Folge des Wohnens in dem Hause des Ehemanns bisher genossen und durch die Trennung verloren hatte. Dies waren aber nur die Alimente im eigentlichen Sinne des Wortes. Daß die fragliche Alimentationssumme nicht zu dem Zwecke nach Intention der Paciscenten stipulirt worden sein kann, daß mit derselben von der Beklagten auch die Prozeßkosten bestritten würden, ergeben ganz klar auch die sonstigen Bestimmungen der Uebereinkunft v. 26. Nov. 1864. Denn nach dieser waren ja die streitenden Theile, vorbehältlich des Widerrufs der Frau, darüber einverstanden, daß die Scheidung eintreten, also der Prozeß nicht fortgesetzt und nur eine vergleichsweise Auseinandersetzung noch stattfinden solle, man hat also damals sicher nicht daran gedacht, wegen der Prozeßkosten Bestimmungen noch zu treffen. Wäre es die Absicht der Contrahenten gewesen, daß für den etwaigen Fall einer Fortsetzung des Prozesses Beklagte mit der fraglichen Summe auch die Prozeßkosten zu bestreiten habe, so hätte diese Absicht klar ausgesprochen

werden müssen, das bloße Schweigen über die Kosten berechtigt zur Annahme jener Absicht keineswegs.

Erk. des OAG's in Darmstadt in S. der Ehefrau des Gastwirths Adolf Brückner v. Offenbach, Bekl. 2c. gegen ihren Ehemann, Kl. 2c., Ehescheidung betr., vom 5. April 1867. Lit. B Conv. 31 Jud. Nr. 44.

X. Erwerb der mütterlichen Erbschaft durch die Descendenten nach Katzenellenbogener Landrecht.

Das Katzenellenbogener Landrecht enthält keine Abweichungen von den Bestimmungen des gemeinen Rechts bezüglich des ipso-jure-Erwerbs der Erbschaften der Ascendenten durch deren Descendenten; der Erwerb der mütterlichen Erbschaft durch die Kinder setzt daher deren Antretung voraus.

Mitgetheilt von Herrn Hofgerichtsadvokaten Grünewald in Darmstadt.

Im Jahr 1838 starb die Ehefrau des Philipp Best I. in R. ohne Testament mit Hinterlassung von 4 Kindern: Karl, Elisabetha, Philipp (Philipp Best II.) und Georg. Der Letztgenannte wanderte im Jahr 1847 mit seiner Familie nach Amerika aus, und starb daselbst 1853 mit Hinterlassung von 6 Kindern und seiner Wittwe. Sein Vater Philipp Best I. starb dagegen erst 1860 in R. Nach seinem Tod kam es zur gerichtlichen Vertheilung des von seiner genannten 1838 verstorbenen Ehefrau nachgelassenen Vermögens, das er bis zu seinem Lebensende in Nutznießung gehabt hatte. (Ueber seinen eignen Nachlaß hatte er letztwillig verfügt.) Hierbei wurde vom Gericht auch für den s. Z. nach Amerika ausgewanderten Georg Best, bezw. seine Erben, ein Intestaterbtheil des Nachlasses seiner Mutter separirt und unter curatorische Verwaltung gestellt. — Der oben genannte Philipp Best II. klagte nun (zugleich als Cessionar seiner Geschwister Karl und Elisabeth) gegen die Kinder seines in Amerika verstorbenen Bruders Georg Best beim Landgericht D. auf Anerkennung seiner, bezw. seiner Cedenten, Erbrechte an der separirten Nachlaßquote und Gestattung ihrer Auslieferung an ihn, und zwar aus folgenden Gründen: Georg Best sei nur Erbe seiner Mutter geworden, da er die ihm durch

deren Tod deferirte Erbschaft niemals angetreten, ja sie sogar ausgeschlagen habe. Sein Erbtheil sei daher seinen mit ihm zum Intestaterbrecht berufenen Geschwistern, welche Erben ihrer Mutter geworden seien, accrescirt, und dürfe also den Beklagten, obwohl sie Erben ihres Vaters geworden seien, nicht ausgeliefert werden. Die Beklagten behaupteten primär: eines Erbschaftsantritts hätte es nicht bedurft, da nach dem Katzenellenbogener L.-R. ihr Vater die Erbschaft seiner Mutter ipso jure erworben habe. Eventuell bestritten sie, daß ihr Vater die Erbschaft seiner Mutter nicht angetreten oder gar ausgeschlagen habe. Als Erben ihres Vaters sei ihnen daher auch diese Erbschaft zugefallen. Weiter versorglich seien sie aber, wenn ihr Vater nicht Erbe seiner Mutter geworden wäre, an dessen Stelle Kraft der successio ordinum et graduum getreten, und die ihnen so deferirte Erbschaft ihrer Großmutter hätten sie längst angetreten. — Das Landgericht wies die Klage als unbegründet ab, weil nach dem Katzenellenbogener L.-R., insbes. Th. II, Tit. 3, §. 5, in Verbindung mit Tit. 2 §. 10 und Tit. 4, §. 1, 2, 5 u. 6, analog der durch das O.-A.-G's-Präjudiz Nr. 92 fürs Solmser L.-R. entschiedenen Auslegung, auch die Mutter von ihren Descendenten ipso jure beerbt werde, und also ein Erbschaftsantritt im vorliegenden Fall nicht erforderlich gewesen sei; und dann: weil selbst in dem Fall, daß nachher Gg. Best die Erbschaft seiner Mutter ausgeschlagen habe, dieselbe doch nicht seinen Geschwistern accrescirt, sondern vermöge der successio ord. et graduum an seine Erben, die Beklagten gefallen sei. — Kläger appellirte gegen diese Entscheidung an das Hofgericht in D. Dasselbe bestätigte aber bezüglich der vorliegenden Prinzipienfrage das Landgerichtsurtheil. Es nahm auch an, daß nach den oben erwähnten Stellen, sowie nach Th. II, Tit. 3, §. 1, 2, 6 u. 7 des Katzenellenbogener L.-R's — analog den Bestimmungen des Solmser L.-R's — auch an die Descendenten, welche nach gemeinem Recht die Erbschaft ihrer Ascendenten nicht ipso jure erwerben, eine solche ihnen ab intestato zugefallene Erbschaft mit dem Tod des Ascendenten übergehe. Im Falle jedoch ein Descendent ausschlage, accrescire sein Erbtheil seinen Geschwistern, falle aber nicht seinen Kindern zu. Aus letzterem Grund reformirte das Hofgericht das Landgericht in dem einen Punkt, daß es die Klage insoweit aufrecht erhielt, als sie sich auf die Behauptung stützt, Gg. Best habe die Erbschaft seiner Mutter ausgeschlagen. — Gegen diese Entscheidung ergriffen

nun beide Theile die Oberappellation. Der Kläger: weil das Hofgericht sich für den ipso=jure=Erwerb ausgesprochen hatte; die Beklagten: weil das Landgerichtsurtheil nicht bestätigt worden war. Das höchste Gericht wies letztere Beschwerde ab und gab der ersteren statt; hob demnach das Landg'surtheil ganz und das Hofg'surtheil in seinem dasselbe bestätigenden Theile auf, indem es die erhobene Klage also auch insoweit aufrecht erhielt, als sie auf die Behauptung gestützt war, Gg. Best habe bis zu seinem Tod die mütterliche Erbschaft weder ausdrücklich noch durch concludente Handlungen angetreten. Die Gründe dieser Entscheidung sind kurz folgende: Regel des gemeinen R's ist, daß der berufene Erbe die ihm deferirte Erbschaft erst durch Antritt erwirbt, und daß — wenn eine Antretung nicht erfolgt ist — die Erbschaft bezw. ein jus adeundi nicht auf seine Erben transmittirt wird, sondern daß sie — wenn Miterben vorhanden sind — nach Gesetz und vorherrschender Theorie diesen accrescirt. Von dieser Regel machen nur die Suität und die Transmissionsfälle eine Ausnahme. Auf einen der letzteren haben sich die Beklagten nicht berufen, von einer Suität kann aber hier weder nach römischem noch nach deutschem Recht die Rede sein. Mittermaier, Privatrecht, IV, §. 362, III. Dagegen fällt nach einzelnen Particulargesetzen die Delation mit der Acquisition auch in manchen Fällen zusammen, in denen dieß nach gemeinem Recht nicht geschieht. Z. B. geht nach Solmser L.=R Th. II, Tit. 28 (O.=A.=Ger.=Präj. Nr. 92) auch auf die Descendenten, welche nach gemeinem Recht die Erbschaft nicht ipso jure erwerben, die ihnen ab intestato zugefallene Erbschaft ihres Ascendenten im Augenblick seines Todes über, ohne daß sie einer Erbschaftsantretung bedürfen. Diese Bestimmung präjudizirt aber nicht einer Entscheidung, die — wie die vorliegende — auf Grund des Katzenellenbogener L.=R's zu erlassen ist. Denn wenn auch beide Landrechte bezüglich des ehelichen Güterr chts und der Succession in das elterliche Vermögen im Allgemeinen — abgesehen von einigen Nebenpunkten — fast gleichlautend sind, und obwohl der Verfasser des Katzb. L.=R's die früher publizirte Solmser Landesordnung benutzte, so sind doch beide nicht concurrirende Gesetze, sie haben verschiedene Gesetzgeber, und es unterscheidet sich ersteres von der letzteren wesentlich durch die besondere Behandlung des Erbfolgerechts, der Successionsordnung und Annahme der Erbschaft, sowie durch seine entschiedene Berufung aufs gemeine Recht. Ferner ist nach

den Bestimmungen des Katzb. L.-R's über die ehelichen Güterverhältnisse den Kindern kein Recht an dem Vermögen ihrer Eltern bei deren Lebzeiten eingeräumt, demzufolge sie die mütterliche Erbschaft ipso jure erwerben. Denn das Katzb. L.-R. kennt nur die particuläre Gütergemeinschaft; wo aber den Kindern ein solches Recht zusteht, z. B. nach Erbacher oder Fuldaer L.-R., da ist dieß nur Folge der allgemeinen Gütergemeinschaft, welche in dem Falle, daß der überlebende Ehegatte mit Kindern als Miterben des verstorbenen Ehegatten concurrirt, als fortgesetzt angenommen wird (communio prorogata), so daß — theils unter Fiction einer Gleichberechtigung der Kinder an dem Gesammtvermögen schon bei Lebzeiten der Eltern, theils unter Fiction einer mit dem Tod des verstorbenen Elterntheils eintretenden Succession in dessen Rechte — die Kinder vermöge dieses ihres eignen Rechts die Erbschaft des Verstorbenen ipso jure erwerben. Dabelow, Grunds. des Ehe-R's, §. 329; Eichhorn, deutsch. Priv.-R's, §. 297 a. E., §. 300, 309, II; Runde, ehel. Güterrecht, §. 114, e. Es giebt endlich aber auch keine ausdrückliche Bestimmung des Katzb. L.-R's, welche den ipso-jure-Erwerb, welcher hier in Frage steht, ausspricht; insbesondere ist dieß nicht in den von den Urtheilen der vorderen Instanzen erwähnten Stellen zu finden. Der 3. Titel handelt über die dem überlebenden Ehegatten gebührende portio statutaria und über das Erbrecht der nächsten Blutsverwandten, enthält dagegen keine Andeutung darüber, daß der modus acquirendi irgendwie geändert werde. Letzteres darf umsoweniger unterstellt werden, als diese Frage speciell dem Titel 7 überwiesen ist. Insbesondere schließen die in den §§. 1, 2 u. 5 des 3. Titels — abgesehen davon, daß die beiden ersteren auch nur für den kinderlosen Sterbfall gelten — vorkommende Ausdrücke: „anererbt", „von Stund an eigenthümlich heimgefallen", „verfallen", die Nothwendigkeit der Erbschaftsantretung, wo sie nach gemeinem Recht erforderlich ist, keineswegs aus. Nach der Stellung der Worte: „anererbt und verfallen" sowie „erblich angefallen" in den §§. 5 u. 7 des 3. Tit. ist sogar sicher, daß „verfallen" nur „angefallen" (deferirt) bedeutet; ein erblich angefallenes Gut also nur ein bonum titulo hereditario delatum ist, welches also noch durch Antretung zu erwerben ist. Der Zusatz „eigenthümlich" soll nur den Gegensatz zum Nießbrauch ausdrücken, nicht aber eine Erbschaftserwerbung ipso jure bedeuten. Was ferner die §§. 6 u. 7 des 3. Tit. betrifft, so schlagen dieselben in die vorliegende Frage gar nicht ein. Der §. 10 des 2. Titels

ändert auch nicht den modus acquirendi. Der 4. Titel handelt von den hinterlassenen Schulden der Eheleute und sagt in den oben erwähnten §§. nur, daß die im kinderlosen Sterbfall nach §. 1 Tit. 3 successionsberechtigten nächsten Blutsverwandten (Erben) bezüglich der Schuldübernahme den nach §. 5 daselbst berufenen Kindern gleich zu achten seien. Durch den Ausdruck „Kinder oder Erben" sollte dagegen keine Verschiedenheit in Bezug auf den Erwerb der Erbschaft beabsichtigt sein. Wenn das Katzb. L.-R. in Bezug auf den Erwerb der Erbschaft von dem Röm. R. abweichende Grundsätze hätte einführen wollen, so würde es das Erforderliche im Titel 7: „Von der Annehmung der Erbschaft und von der Vertheilung" vorgeschrieben haben; es hat dieß aber nicht gethan.

Das höchste Gericht ist hiernach der Ansicht (die es in sein Notizenbuch aufgenommen hat):

„daß eine analoge Anwendung der dem Titel 28 Theil II des Solmser L.-R's bezüglich des Erbschaftserwerbs der Descendenten an dem Nachlaß ihrer Ascendenten durch das O.-A.-G. Nr. 92 gegebenen Auslegung auf die in dem Titel 3 Theil II des Katzenellenbogener L.-R's enthaltenen Bestimmungen nicht stattzufinden hat; daß die Frage, inwieweit die Descendenten die Erbschaft ihrer Ascendenten ipso jure erwerben, da, wo das Katzenellenbogener L.-R. zur Anwendung zu kommen hat, lediglich nach den Bestimmungen des gemeinen Rechts zu entscheiden, und demgemäß der Erwerb der mütterlichen Erbschaft durch Erbschaftsantretung bedingt ist."

Erk. des O.-A.-G's in Darmstadt v. 11. Mai 1872 in S. Philipp Best II. das. Kl., g. die Kinder des in Amerika verst. Georg Best I. v. Roßdorf, Bekl., Erbschaftsansprüche betr.

XI. Mittheilung über denselben Gegenstand.

Von W. Heinzerling.

Die vom höchsten Gericht in Darmstadt laut der vorhergehenden Mittheilung getroffene Entscheidung ist namentlich auch deßhalb von der größten Bedeutung, weil damit zugleich die Frage, ob Geschwister, welche unbekannt wo abwesend sind,

edictaliter zur Antretung oder Ausschlagung der mütterlichen Erbschaft unter dem Rechtsnachtheil des Verzichts durch die anwesenden Geschwister aufgefordert werden können, bejahend entschieden ist[1]). Gerade in einer Rechtssache, in welcher es sich um die Zulässigkeit einer solchen Edictalladung handelte, hatte denn auch schon früher das Hofgericht in Darmstadt und das höchste Gericht daselbst den Grundsatz angenommen, daß nach Katzenellnbogener Landrecht die Descendenten den mütterlichen Nachlaß nicht ipso jure erben, sondern daß es einer Antretung bedürfe, und folgeweise eine Edictalladung nach Nr. 153 der OAG's-Präjudizien zulässig sei. Dieser Fall war folgender:

Eine Witwe (von Bickenbach, wo Katzb. L. R. gilt), die in Besitz und Verwaltung des ehelichen Gesammtvermögens verblieben war, starb mit Hinterlassung zweier Kinder, von welchen das eine, ein Sohn, unbekannt wo abwesend war. In ihrem Testamente hatte sie auch den abwesenden Sohn zum Erben eingesetzt und bestimmte Verfügungen getroffen, wie es mit dem betr. Erbtheile gehalten werden solle, solange dieser Sohn oder dessen Leibeserben sich nicht meldeten. Das Landgericht ernannte einen Curator für den Anwesenden, stellte dessen väterliches und mütterliches Erbe unter curatorische Verwaltung und schlug das Ansinnen der anwesenden Schwester des Abwesenden, diesen Letzteren zur Antretung oder Ausschlagung der Erbschaft edictaliter aufzufordern, ab. Auf erhobene Beschwerde rescribirte aber das Hofgericht in Darmstadt an das Landgericht: „Sie haben den Antrag des Adv. B. verworfen, weil Chr. H. als heres suus erscheine. Da Letzteres jedoch in Bezug auf das mütterliche Vermögen nicht der Fall ist, so werden Sie insoweit angewiesen, dem obenerwähnten, für die Miterbin gestellten Antrag nach Maßgabe der Nr. 153 der Präjudizien unseres höchsten Gerichtshof stattzugeben.“ Als der Curator des Abwesenden nachmals hiergegen an das höchste Gericht querulirte und namentlich hervorhob, daß die Erblasserin in ihrem Testamente ja ausdrückliche Anordnungen darüber getroffen habe, wie es vor der Anmeldung des abwesenden Sohnes gehalten werden solle, sprach auch das höchste Gericht die Ansicht aus, daß hier eine Edictalladung, um festzustellen, ob der Abwesende die Erbschaft antrete resp. ob durch seine Concurrenz das Erbrecht seiner Miterbin beschränkt werde, nach Maßgabe des angez. Präjudizes

---

[1]) Vgl. auch S. 119.

zulässig sei, und insbesondere die Bestimmungen des Testaments, wie es vor der Antretung gehalten werden solle, nicht der Feststellung, ob die Antretung erfolge, entgegenstehen könnten.

Dekret des OAG's in Darmstadt in S. das Ableben der Anna Dorothea, Wittwe des Heinrich Heil von Bickenbach geb. Freund betr. vom 29. April 1870.

XII. Verbesserung von richterlichen Versehen bei Urtheilen.

Mitgetheilt von W. Heinzerling.
(Schluß von S. 104.)

9.

Das vom Colleg gebilligte Gutachten der Referenten zweiter Instanz ging dahin, einen unterrichterlichen Replikbeweis zu streichen, der dem Gutachten angehängte Urtheilsentwurf that aber dieser Streichung keiner Erwähnung und es erhielt dadurch das auf Grund jenes Entwurfs ausgefertigte und hiernächst signirte Urtheil den Sinn, als sei es bei jenem Replikbeweis zu belassen. Der betreffende Anwalt bat nun um nachträgliche Streichung resp. um Erläuterung in dem fraglichen Sinn und das Gericht zweiter Instanz verfügte auch willfährig. Das höchste Gericht aber, mit Appellation angegangen, erklärte, in Gemäßheit des übereinstimmenden Antrags seiner Referenten, diese nachträgliche Entscheidung für unzulässig, weil die Grenzen richterlicher Verbesserungsbefugniß überschreitend. Der Referent führte hierbei, unter Verbreitung über die früheren, nicht überall gleichmäßig entschiednen Rechtsfälle, wesentlich aus: Wenn auch die Mehrzahl der älteren Prozeßrechtslehrer die Befugniß des Richters, einen in seinem Urtheil sich eingeschlichen habenden Schreibfehler zu berichtigen, läugneten, so räumten doch neuere Schriftsteller, Bayer, Vertr., 8. Aufl. S. 426; Wetzell, System, 2. Aufl. §. 51 dem Richter diese Befugniß ein. Der Wetzell'schen Darlegung a. a. O. sei nun zwar insoweit beizupflichten, als sie Rechnungsfehler bespreche, nicht aber in dem sonst Gesagten. Das von ihm angezogene fr. 46 D. de re jud.

(42. 1) spreche nicht von einer Aenderung des Urtheils, sondern von einer Veränderung der diesem Urtheil vorangegangenen Akten, und auch diese werde nur gestattet, wenn der Inhalt des Urtheils nicht abgeändert werde. Man müsse sich vorliegend dafür entscheiden, daß die in der vorigen Instanz erlassene nachträgliche Entscheidung unzulässig gewesen, und lasse sich dieselbe auch nicht als Ergänzungserkenntniß bezüglich einer übergangenen Beschwerde auffassen, weil das ursprüngliche Urtheil als auf alle verfolgten Beschwerden bezüglich angesehen werden müsse. Daher sei jenes Erkenntniß wegen Iniquität resp. Nullität zu reformiren. — Der Correferent fügte dem noch bei: „Er habe es stets als einen feststehenden Satz angesehen, daß der Richter ein von ihm erlassenes Erkenntniß, wenigstens nach dem Publikationstag, in wesentlichen Punkten resp. im decisiven Theil abzuändern und bezw. zu verbessern nicht befugt sei, und von diesem Satze sei man wesentlich in allen früheren Fällen mit der einzigen Modification ausgegangen, daß sich in der Sache Fehl g. Frank de 1845 von sieben Votanten drei eventuell für die Befugniß des erkennenden Richters ausgesprochen hätten, den Widerspruch zwischen dem wirklich beschlossenen nnd dem im Urtheilsconcept aufgenommenen Erkenntniß durch eine angemessene Erläuterung zu haben. Im Uebrigen sei nach seiner Auffassung jener früheren Fälle noch angenommen worden, daß wenn aus den Akten resp. dem betreffenden Erkenntniß ersichtlich sei, das Gericht habe über einen gewissen Streitpunkt nicht entschieden, eine nachträgliche Entscheidung durch dasselbe Gericht statthaft erscheine, und daß offenbare Schreibfehler resp. diesen gleichzustellende Versehen ohne Anstand remedirt werden dürften. Nach obigem den älteren Entscheidungen zu Grunde liegendem Rechtssatz, mit welchem allerdings die Verfügung in S. Centralfiskus g. Borgnis nicht im Einklang stehe, und da in concreto nicht zu bezweifeln sei, daß die auf die Streichung des fraglichen Replikbeweises gerichtete Appellationsbeschwerde als durch das Erkenntniß zweiter Instanz verworfen gelten müsse, so sei das Nachtragserkenntniß aufzuheben und das frühere Urtheil herzustellen."

In S. Kaufmann Triebert in Darmstadt, Kl. g. Bankier Mainzer das., Eigenthumsbeeinträchtigung betr., E. v. 20. März 1866.

XIII. Art. 136 und 155 der großh. hess. Strafprozeßordnung im Verhältnisse zu Art. 84 der Verfassungsurkunde für das Großherzogthum Hessen*).

Mitgetheilt von Herrn O.-Staatsanwaltssubstitut **Baur** in Darmstadt.

In der U.-S. g. Unbekannte w. Schriftfälschung und Beleidigung hatten sich Gründe zur Annahme ergeben, daß Advokat M., Mitglied der zweiten Kammer der Landstände, im Besitze mehrerer für die Untersuchung wichtiger Urkunden sei. Er bestritt zunächst seine Verpflichtung zur Herausgabe derselben, sein deßfallsiges Vorbringen wurde jedoch als rechtlich unbegründet zurückgewiesen und die fragliche Verpflichtung durch rechtskräftiges Urtheil als zweifellos bestehend anerkannt. Das Untersuchungsgericht gab ihm nunmehr auf, bei Meidung der Verhaftung binnen 8 Tagen entweder die in Rede stehenden Schriften abzuliefern oder unter Angabe der betreffenden Umstände eidlich zu versichern, daß er dieselben nicht besitze**). Auf ergriffene

---

*) Art. 153 der St.-P.-O. bestimmt, daß Urkunden und andere Gegenstände, welche für eine Unters. von Bedeutung sein können, von **dritten** Personen, welche dieselben in ihrem Gewahrsam haben, auf richterliches Erfordern vorgelegt und nöthigenfalls zu den Untersuchungsacten abgeliefert werden müssen. Art. 155 bestimmt sodann weiter, daß gegen den Inhaber, der die Vorlegung oder Ablieferung verweigert, die gegen, in Ablegung des Zeugnisses oder Ableistung des Zeugeneides renitente Zeugen zulässigen Zwangsmittel zur Anwendung gebracht werden können. Als solche Zwangsmittel kennt Art. 136 Geldbuße bis zu 30 fl. oder Verhaftung. Die Haft soll aufhören, sobald das Zeugniß abgelegt oder der Eid geleistet wird ꝛc. Art. 84 der Verf.-Urk. enthält die Bestimmung, daß während der Dauer eines Landtags, Personen, welche zu der Ständeversammlung gehören, **keiner Art von Arrest**, als mit Einwilligung der Kammer, der sie angehören, unterworfen seien, den Fall der Ergreifung auf frischer That bei strafbaren Handlungen ausgenommen ꝛc.

**) In der fragl. U. S. war vom Cassationshof bezüglich der rechtlichen Natur der im Art. 136 pos. 1 der St.-P.-O. wegen verweigerten Zeugnisses angeordneten Zwangsmittel (Geldbuße und Verhaftung) und des Verhältnisses zu einander, erkannt worden, daß der Richter nicht auf die Wahl zwischen den beiden Uebeln beschränkt sei, sondern das Recht habe, beide Mittel successiv zu gebrauchen, und daß wegen dieser rechtlichen Natur als eines Zwangsmittels nicht auf Verhaftung auf eine be-

Beschwerde und Berufung auf die Bestimmung des Art. 84 der Verf. Urk. hob das Hofgericht zu G. die vorstehende Verfügung insoweit auf, als es Beschluß dahin faßte, daß die Vollstreckung der dem Adv. M. angedrohten Zwangshaft insolange auszusetzen sei, bis entweder der gegenwärtige Landtag geschlossen oder vertagt oder die Einwilligung der zweiten Kammer zur Verhängung des Arrestes gegeben sei. Es wurde bei dieser Entscheidung davon ausgegangen, daß die Bestimmung des erwähnten Art. 84 sich zwar nicht auf die Strafhaft, wohl aber auf die Sicherheits- und Executionshaft im Civil- und Strafverfahren beziehe. — Der Cassationshof zu Darmstadt vernichtete durch Beschluß vom 17. April 1872 die Verfügung des Hofgerichts, soweit durch solche die Verfügung des Untersuchungsgerichtes reformirt worden war, erkannte sonach die Letztere für dem Gesetze entsprechend und ging hierbei von folgenden Erwägungen aus:

1) Die Verpflichtung zur Herausgabe von Actenstücken und Urkunden, welche für eine Untersuchung von Interesse sind, ist eine allgemeine Bürgerpflicht und im vorliegenden Falle überdies durch Urtheil festgestellt.

2) Die dem Adv. M. angedrohte Verhaftung soll nur eintreten, wenn derselbe fortfährt, auf seiner ungerechtfertigten Weigerung der Herausgabe der fraglichen Schriftstücke zu beharren.

3) Art. 84 der Verf. Urk. soll dem Abgeordneten Schutz in der freien Ausübung seines Mandats gewähren, ihm aber nicht einen Freibrief verleihen, sich der Erfüllung einer durch rechtskräftiges Urtheil im öffentlichen Interesse auferlegten Verpflichtung zu entziehen.

4) Adv. M. hat nie behauptet, daß er an der Herausgabe der betr. Schriftstücke oder an der eidlichen Versicherung des Nichtbesitzes verhindert sei; es liegt daher lediglich an ihm, sich durch Erfüllung seiner gesetzlichen Verpflichtung in der Ausübung seines Amtes als Abgeordneten zu erhalten.

---

stimmte Zeit, sondern bis zur Erreichung des beabsichtigten Zweckes zu erkennen sei. Vgl. Entsch. des Gr. Cass. Hofs v. Dernburg und Franck von 1871 B S. 21. D. Red.

C. Literarische Anzeigen.

I. **Der Kampf um's Recht. Von Rudolf von Jhering, k. k. österr. Hofrath u. Professor an der Universität Wien. Zweite Auflage. Wien. Verlag der G. J. Manzschen Buchhandlung.** 1872.

Dem in der obigen Schrift dargebotenen Stück „Psychologie des Rechts" liegt ein mündlicher Vortrag zu Grunde, mit welchem der rühmlich bekannte Verfasser im März v. J. zu Wien, kurz vor seiner Uebersiedelung nach Göttingen, eine ausgewählte, theils aus Fachgenossen, theils aus Nicht-Fachgenossen bestehende Zuhörerschaft erfreuet und gefesselt gehabt hatte.

Welch' ungewöhnlich rasche Verbreitung diese, eine nur mäßige Bogenzahl füllende Schrift bereits in einem größeren Kreise gefunden, beweiset der Umstand, daß wenige Monate nach ihrem Erscheinen schon ein zweiter Abdruck sich nöthig machte. Das Interesse, welches sie hervorrief, ist leicht erklärlich. Gelangt der Verf. doch bei seinen gedankenreichen, durchweg von sittlichem Ernste und mannhafter Gesinnung getragenen Untersuchungen über die genetische Entstehung, über den eigentlichen Sitz und über den Zweck, sowie über die Ziele der Fortentwickelung des Rechtes zu Ergebnissen, welche von den dermalen gäng und gäben Auffassungen, — insbesondere auch von der Anschauungsweise der historischen Schule, — großen Theils wesentlich abweichen und in neue Bahnen lenken, und zeiget er doch zugleich, wie das heutige gemeine römische Recht in vielen seiner Doctrinen und Satzungen nur zu sehr dazu angethan ist, das gesunde Rechtsgefühl, — diese nach v. Jhering einzig wahre Quelle alles menschenwürdigen Rechtes, — zu trüben, zu schädigen, ja zu unterdrücken.

Wäre daher der Name des Verfassers auch nicht, wie es der Fall ist, mit unserem Archive als der Name eines Mitherausgebers verflochten, so würde Verf. sich doch nicht haben versagen können, die Aufmerksamkeit der Leser dieser Zeitschrift auf eine in jeder Beziehung so bedeutsame literarische Erscheinung noch besonders hinzuleiten.

In das ganze Detail der Schrift einzugehen, enthalten wir uns. Es würde ein kaum dankbares Geschäft sein, einzelne Sätze aus dem wohlgefügten Ganzen heraus zu greifen, unter denen nicht wenige sich befinden, die erst in Verbindung mit verschiedenen anderen nachfolgenden ihr volles und richtiges Verständniß

erhalten, und daher, aus dem Zusammenhange herausgerissen, leicht zu Mißdeutungen Anlaß geben könnten. Wer aber wird dem Verf. nicht mit Spannung folgen bei seinem in geistreicher Weise geführten Nachweis, daß das Recht eine unausgesetzte Arbeit nicht etwa blos der Staatsgewalt, sondern des ganzen Volkes sei, — eine nationale Arbeit, zu welcher Jeder, der in die Lage kommt, sein Recht behaupten zu müssen, sein Scherflein beizutragen habe; daß alles Recht in der Welt, jeder Rechtssatz der da gilt, folglich auch das Recht im objektiven Sinne des Wortes, denen, die sich ihm widersetzten, erst habe abgerungen werden müssen; daß der Kampf die Arbeit des Rechts, und in Bezug auf seine praktische Nothwendigkeit sowohl, wie seine ethische Würdigung auf eine Linie mit der Arbeit zu stellen sei; daß das Recht sich nur verjüngern könne, wenn es mit seiner eigenen Vergangenheit aufräumt; ferner, daß bei jedem wissentlich und absichtlich zugefügten Unrecht der Kampf um das Recht zu einer Charakterfrage für den Berechtigten sich gestalte, der Widerstand hier zu einem Gebote der moralischen Selbsterhaltung und zugleich zu einer Pflicht gegen das Gemeinwesen werde, und daß der Zusammenhang des Rechts mit der Person es sei, welcher allen Rechten jenen inkommensurabelen Werth verleihe, der, im Gegensatze zu dem rein substitutiellen, den sie vom Standpunkte des Interesses aus haben, als idealer zu bezeichnen sei. Wer wird nicht dem Verf. beizupflichten geneigt sein, wenn er dem ihm nicht unerwarteten Einwurf, daß die, dem Geldwerthe nach oft sehr unerhebliche, im Streite befangene Sache mit der Person kaum etwas zu thun habe, damit beantwortet, daß diese Betrachtung nur ein Symptom der leichten Art sei, wie das Vermögen nicht selten erworben werde, — ein Symptom der Entfernung des Eigenthums von seinem historischen und sittlichen Ursprunge — der Arbeit, und wenn er hinzufüget, daß das Eigenthum, je weiter es sich von diesem Ursprunge entferne, desto trüber werde, bis es im Schlamme des Börsenspieles und Aktienschwindels jede Spur von dem, was es ursprünglich gewesen, verloren habe! „Das heutige Recht" — sagt v. Jhering, indem er ihm in dem römischen Recht aus der klassischen Zeit, namentlich auch in dessen Popularklagen und seinem weitentwickelten Systeme der Privatstrafen einen Spiegel vorhält, — „das heutige Recht" steht mit dem Idealismus, der in der Rechtsverletzung einen Angriff nicht blos auf das Objekt, sondern auf die Person selber erblickt, im diametralen Gegensatze; es ist in ihm der platte Materialismus zur Ausprägung gelangt. Wäre

es richtig, daß das Recht dem „Verletzten, wenn es sich um Mein und Dein handelt, jederzeit nur das Streitobjekt oder dessen Betrag zu gewähren habe, so könnte man auch den Dieb entlassen, wenn er die gestohlene Sache herausgibt.“ — Nein! „auch der Schuldner“ vergeht sich nicht blos gegen den Darleiher, wenn er wissentlich das erhaltene Darlehn in Abrede stellt, der Mandatar gegen den Mandanten, wenn er dessen Vertrauen in schmählicher Weise mißbraucht, sondern gegen die Gesetze des Staates, die Rechtsordnung, das Sittengesetz.“ — Möchten sich dieß Die gesagt sein lassen, welche die Verfolgung doloser Contraktbrüche für unjuristisch haben erklären wollen. — Auch auf dem neulichen Congresse unserer sogenannten Catheder-Sozialisten würde man aus v. Ihrings Ausführungen die Ueberzeugung haben schöpfen können, daß die aus Contraktsbrüchen strikender Arbeiter für die Arbeitgeber erwachsenden Nachtheile auf dem Wege des heutigen Civilprozesses selbst im besten Falle niemals auszugleichen sind!

Unwillkührlich ist Referent in seinen Mittheilungen aus dem hier angezeigten Buche schon weiter gegangen, als er sich vorgesetzt gehabt hatte. Er schließt mit der Versicherung, daß die Lektüre dieses kleinen Buches in Mitten der ihn umgebenden Atmosphäre von Aktenstaub eine eben so erfrischende, wie anregende für ihn gewesen ist. **B. E.**

II. **Kleine Schriften juristischen und rechtshistorischen Inhalts von Edward Wippermann. Erstes Heft: Ueber Ganerbschaften. Wiesbaden** 1873. **Verlag von Feller und Gecks.** 64 **S.** gr. 8.

Der durch seine gründlichen Arbeiten auf dem Gebiete des deutschen öffentlichen und privaten Rechtes, sowie der deutschen Rechtsgeschichte bekannte vormalige Professor zu Gießen, Edward Wippermann eröffnet mit der obigen kleineren Schrift eine Reihe von Abhandlungen, auf welche wir das juristische Publikum aufmerksam machen.

Die erste Abhandlung über Ganerbschaften stellt sich die Aufgabe, nachzuweisen, daß diese keineswegs durch Einführung des römischen Rechtes oder in Folge der Landfrieden aufgehoben worden sind, sondern deren heutige Gültigkeit in ganz gleicher Weise, wie bei den deutschrechtlichen Familien-Fideicommissen und Erbverbrüderungen ungeschmälert fortbesteht. Die Untersuchung hat daher auch ein vorzügliches praktisches Interesse, da noch

viele Ganerbschaften, besonders bei dem althessischen Adel bestehen. Leider ist häufig bei praktischen Juristen der Sinn für Untersuchungen aus dem deutschen Rechte erloschen und die Klage des Herrn Verfassers auf S. 43 §. 7 wohl begründet: „daß es noch Juristen gibt, welche absolut Nichts von dem Gan„erbenrechte wissen und vor der Mühe, einige tiefergehende „Studien zu machen, zurückschaudern, die vielmehr lediglich die „ungenießbaren Bröckchen zusammenkratzen, welche das eine oder „andere populärwissenschaftliche Lexikon oder neuere Compendium „leicht hinwirft."

Nachdem im §. 1 die Literatur über Ganerbschaften aufgeführt und im §. 2 im Allgemeinen die Natur der dinglichen Sammtverhältnisse besprochen worden, wird im §. 3 der Begriff der Ganerbschaften als das dingliche Sammtverhältniß festgestellt, wenn jegliche Tottheilung (der Substanz) den Gemeinern und ihren Erben dauernd durch alle Generationen hindurch verboten ist, so daß die Ganerbschaft als ein potenzirtes, unveräußerliches Stammgut erscheint (S. 55). Dabei wird nachgewiesen, daß die Ganerbschaften nicht allein bei dem Adel, sondern auch bei dem Bürger= und Bauernstande vorkommen, und dieses rechtliche Verhältniß auch den Allmenden und Markgenossenschaften zu Grunde liegt (S. 10). Im §. 4 wird sodann das innere Verhältniß der Ganerben zu einander; im §. 5 deren Verhältniß zu Dritten, insbesondere die Unveräußerlichkeit, und im §. 6 die Succession in die Ganerbschaften besprochen, wonach das Ganerbenrecht nur in dem Mannsstamme der Ganerben forterbt und bei dessen Aussterben die übrigen Mitganerben vermöge der eintretenden Consolidation von der Beschränkung durch die bisherigen Ganerben befreit werden (S. 41). Der wichtigste Theil der Abhandlung folgt nun im §. 7, worin gezeigt wird, daß das Ganerbenrecht im Laufe der Zeit keineswegs untergegangen ist, sondern noch fortbesteht. Man muß hier den Ausführungen des Herrn Verfassers vollständig beipflichten, und es würde bei der Annahme der gegentheiligen Ansicht ebenso gewagt sein zu behaupten, daß die Stammgüter und Familienfideicommisse heutzutage nicht mehr existirten. Allerdings besteht heutzutage die Neigung, derartige für ewige Zeiten gegründete Rechtsverhältnisse womöglich aufzuheben und das Eigenthum von allen Beschränkungen frei zu machen. Danach sind auch mehrfache Theilungen von Ganerbschaften vorgekommen, uns entsteht hierbei die interessante Frage: ob die Nachfolger der Ganerben an solche Theilungen gebunden sind? Da in jeder Theilung der Substanz nach zugleich eine

Veräußerung liegt, und eine solche Todtheilung geradezu dem ursprünglichen Zwecke der Ganerbschaften widerspricht, eine Vereinigung und Urtheilbarkeit des Eigenthums für die Dauer auszuschließen, so müßte consequent angenommen werden, daß durch Theilungen und Veräußerungen die Nachkommen, welche ihre Rechte ex pacto et providentia majorum ableiten, in ihren Rechten nicht beschränkt werden können. Der Herr Verfasser löst (S. 5) diese Frage auch ganz folgerichtig dahin: daß die Nichtigkeit und die Unverjährbarkeit der Klagen gegen widerrechtliche Veräußerungen der ganerbschaftlichen Güter, oder einzelner Theile derselben noch fortbesteht. Wenn daher nicht Einwilligung in die Veräußerung vorliegt, oder dieselbe wegen der Erbeigenschaft der Rechtsnachfolger in die ausdrückliche oder stillschweigende Consensertheilung der Rechtsvorfahren angenommen werden muß, kann die deßfallsige Revocatorienklage der berechtigten Ganerben ebensowenig ausgeschlossen sein, wie bei Veräußerungen von Lehen, Stammgütern und Familien-Fideicommißgütern. Eine Ersitzung solcher veräußerter Güter würde nur in der Hand dritter Personen, welche bei der nichtigen Veräußerung keinen Antheil genommen haben, möglich sein, wenn sonst die Bedingungen der außerordentlichen Ersitzung vorhanden wären, wie dieß noch neuerdings von dem OAG. zu Darmstadt ausgesprochen wurde [1]).

Im §. 8 wird näher dargelegt, in welcher Weise der Nachweis über das Vorhandensein einer behaupteten Ganerbschaft zu führen ist, und endlich im §. 9 das Verhältniß der Ganerbschaften zu den Familien-Fideicommissen auseinandergesetzt. Hier gelangt der Verfasser (S. 58) zu dem Ergebnisse, daß gar kein Unterschied zwischen solchen bestehe. Allein dieß ist doch wohl nicht völlig zutreffend, wenn auch beide Institute in Bezug auf die hauptsächlichsten Wirkungen auf gleicher Stufe stehen. Denn bei den Ganerbschaften sind sämmtliche Ganerben, woferne nicht eine Mutschierung stattgefunden hat, im Mitbesitze und Mitgenusse des ganerbschaftlichen Gutes, während bei den Familienfideicommißgütern stets nur Ein Inhaber als der jeweilige lebenslängliche Besitzer und Nutznießer erscheint.

Wir wünschen der interessanten, gediegenen Schrift besonders bei den Juristen eine genaue Beachtung, welche dazu berufen sind, über Rechtsverhältnisse aus Ganerbschaften zu entscheiden, und hoffen, daß der Herr Verfasser bald die Fortsetzung dieser Sammlung von Abhandlungen erscheinen lassen wird. Z.

---

1) In Seuffert's Archiv Bd. 26, Nr. 225, S. 338.

III. Eingabe des Vereins der öffentlichen Anwälte zu Darmstadt an den deutschen Reichstag nebst Denkschrift betr. einheitliche deutsche Civilrechtsgesetzgebung und die dermalen im Großherzogthum Hessen, insbesondere in der Provinz Starkenburg geltenden Particularrechte. Darmstadt, 1873, in Commission bei Arnold Bergsträßer, 8⁰, SS. 16.

Die Eingabe bezweckt an der Hand des in Hessen bestehenden Civilrechtszustandes nachzuweisen, daß das Verlangen nach einem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche nicht, wie schon behauptet, einer theoretisirenden Auffassung seine Entstehung verdanke, sondern daß die thatsächlichen Verhältnisse, und zwar schon speziell in Hessen, die Inangriffnahme jenes gesetzgeberischen Werkes als unerläßlich erscheinen lassen. Diesem Zwecke wird die kleine Schrift in trefflicher Weise gerecht, indem sie uns die ganze Misere jenes, den hessischen Juristen zwar leider nur zu wohl bekannten, für den Nichthessen aber kaum glaublichen Zustandes in einer treffenden Skizze aufrollt und damit den Beweis liefert, wie es ein wahres Unrecht enthalte, wenn hier nicht das Reich helfend eingreife. Die Darstellung hat sich bekanntlich in der Presse sowohl, wie vor wenigen Monaten im Reichstag ihre wohlverdiente Anerkennung erworben. Gerade in der Reichstagssitzung, für welche sie vorzugsweise bestimmt war, ist Seitens der Reichsregierung die bekannte dem s. g. Lasker'schen Antrag auf Ausdehnung der Reichscompetenz auf das Civilrecht und auf Inangriffnahme eines bürgerlichen Gesetzbuchs günstige Erklärung abgegeben worden. Auch jetzt darf sie noch allen Freunden der deutschen Civilrechtseinheit sowohl, wie dem sich speziell für hessische Rechtsverhältnisse Interessirenden warm empfohlen werden! Wegen des uns allzuknapp zu bemessnen Raums bemerken wir hier nur noch, daß der von einem Reichstagsabgeordneten aufgestellte Einwand, die Anwälte hätten sich an die hessische Gesetzgebung wenden sollen, nichts weniger als begründet ist. Abgesehen nämlich davon, daß nach Errichtung des Reichs das Vorgehen eines einzelnen deutschen Staates auf dem Gebiete der Civilrechtsgesetzgebung, wenn auch nicht rechtlich, doch thatsächlich unmöglich gemacht war, so ist bekanntlich, wie auch die Denkschrift sagt, in den 40er Jahren der Versuch einer Codification des bürgerlichen Rechts für Hessen zwar gemacht worden, aber gescheitert, so daß also die Anwälte alle Veranlassung zu dem gethanen Schritte hatten. — Verfaßt ist die Schrift im Wesentlichen von Advokat A. Buchner in Darmstadt. **Hzlg.**

VII.

Welchen Einfluß hat ein rechtskräftiges Erkenntniß, das den Verklagten nur zur Zahlung eines Capitals verurtheilt ohne der Zinsen zu erwähnen, auf die Forderung von vorbedungenen und von Verzugszinsen dieses Capitals, wenn Zinsen mit eingeklagt waren und wenn sie nicht mit eingeklagt waren, nach gemeinem Rechte?

Ein Beitrag zur Lehre von der res judicata*).

Von
Herrn Albert Westerburg,
Gerichtsassessor im Justizministerium zu Berlin.

I. Einleitung.

§. 1.

Bevor wir zur Untersuchung der aufgeworfenen Frage schreiten können, haben wir erst festzustellen, wann man über-

---

*) **Inhaltsübersicht.** §. 1. I. Einleitung. II. Voruntersuchung über das juristische Verhältniß des Kapitals zu den Zinsen überhaupt, sowie zu den vorbedungenen und den Verzugszinsen insbesondere. §. 2. 1) Das Verhältniß zwischen Kapital und Zinsen im Allgemeinen. §. 3. 2) Uebersicht der Entstehungsgründe der Zinsen. §. 4. 3) Unterschied der selbstständigen (insbes. vorbedungenen) und der accessorischen (insbes. Verzugs-) Zinsen



haupt von einem Erkenntnisse sagen könne, daß es die Zinsen des Kapitals, zu dessen Zahlung es im Uebrigen verurtheilt, nicht erwähne.

Das richterliche Erkenntniß ist an sich etwas Unkörperliches, Gedankenmäßiges, und muß deshalb erst auf dem Wege der geistigen Perception aus den Erscheinungsformen abgeleitet werden, in welchen es sich manifestirt.

Nun wird im heutigen gemeinen Rechte das Urtheil bekanntlich immer schriftlich abgefaßt, und es kann deshalb kein Zweifel darüber bestehen, daß aus dieser schriftlichen Ausarbeitung, — dem Erkenntnisse in diesem formellen Sinne — das Erkenntniß im materiellen Sinne zunächst[1]) zu entnehmen ist.

Hier tritt aber folgende Schwierigkeit ein.

---

in ihrem Verhältnisse zur Hauptforderung. §. 5. 4) Sind die accessorischen Zinsen vom Richter ungebeten zuzusprechen? III. Behandlung des eigentlichen Themas. §. 6. Vorbemerkung. Erster Abschnitt. Wirkungen auf die Zinsen aus der Zeit vor dem Urtheil. §. 7. 1) Bei vorbedungenen Zinsen, welche nicht mitgefordert waren. 2) Die übrigen Fälle. §. 8. A. Versuch der Lösung der Aufgabe aus dem Gesichtspunkte einer stillschweigenden Aberkennung. §. 9. B. Nothwendigkeit der Untersuchung des juristischen Verhältnisses zwischen dem rechtskräftigen Urtheile und den unterliegenden Rechtsverhältnissen. §. 10. C. Dogmengeschichtlicher Ueberblick über die Lehre von der exceptio rei judicatae. D. Klassische Zeit. §. 11. a. Das Wesen der sog. Proceßconsumption. §. 12. b. Extensiver Umfang der Proceßconsumption im Allgemeinen. §. 13. c. Anwendung der über die Proceßconsumption des klassischen Rechts geltenden Sätze auf die im Thema enthaltenen Fälle. §. 14. d. Intensiver Umfang der sog. Proceßconsumption im Allgemeinen und in specieller Anwendung auf das Thema. §. 15. e. Besteht neben der sog. negativen Funktion der exceptio rei judicatae noch eine sog. positive Funktion derselben im klassischen Rechte? §. 16. E. Justinianeisches Recht. §. 17. F. Heutiges Recht. §. 18. 3) Literatur. Zweiter Abschnitt. Einfluß des Erkenntnisses auf die Zinsen aus der Zeit nach dem Urtheil. §. 19. 1) Allgemeine Grundsätze. §. 20. 2) Das tempus judicati und die Judikatzinsen des römischen Rechtes. §. 21. 3) Heutiges Recht. §. 22. Schluß. Anhang.

[1]) Nicht allein, cf. unten Note 7.

Nach einer seit Jahrhunderten in Deutschland bestehenden Rechtssitte redigiren die Gerichte ihre Urtheile in zwei äußerlich unterschiedenen Theilen, dem sog. Tenor und den sog. Entscheidungsgründen. Der Tenor enthält regelmäßig die dispositive Formel (sententia), durch welche der Beklagte zu diesem oder jenem Thun oder Lassen z. B. zur Zahlung von 100 und Tragung der Kosten schuldig erkannt oder die Klage abgewiesen wird[2]), während in den Entscheidungsgründen das erörtert wird, was den Richter zu dieser dispositiven Formel bestimmt hat[3]).

Die Zinsen sind nun im Erkenntnisse jedenfalls dann nicht übergangen, wenn der Tenor sie ausdrücklich ab- oder zuspricht[4]).

Muß man aber im Weiteren annehmen, daß die Zinsen schon dann im Erkenntnisse nicht erwähnt seien, wenn nur der Tenor von ihnen schweigt, oder erst dann, wenn auch die Entscheidungsgründe von ihnen Nichts erwähnen, oder endlich unter welch' andern Voraussetzungen?

Diese Frage beantwortet sich durch die Entscheidung der Vorfrage, was als eigentlicher (wesentlicher) Inhalt des Erkenntnisses zu betrachten sei.

Ist es nur die Dispositive, so wird auch ein Anspruch, der in dieser nicht erwähnt ist, juristisch als im Erkenntniß überhaupt nicht erwähnt zu betrachten sein; beschränkt sich der eigentliche Inhalt des Erkenntnisses aber nicht hierauf, so wird der Zinsanspruch erst dann als unerwähnt bezeichnet werden dürfen, wenn er auch in den übrigen wesentlichen Theilen des Erkenntnisses nicht erwähnt ist.

---

[2]) Die sog. gemischten Urtheile bilden keine dritte Gattung, sondern sind nur eine Verbindung von zu- und absprechenden Urtheilen. cf. Savigny, Syst. VI., 301 ff.

[3]) Mit diesem weiten Ausdruck werden Urtheilselemente, objektive Entscheidungsgründe und subjektive Entscheidungsgründe zusammengefaßt.

[4]) Das Erstere ist selbstverständlich auch der Fall, wenn der Tenor zum Kapital verurtheilt und „im Uebrigen" die Klage abweist.

Was ist nun der eigentliche, wesentliche Inhalt des Erkenntnisses?

In jedem Rechtsstreite — wir unterstellen dabei zur Vereinfachung der Untersuchung nur den, ja auch in unserem Thema gesetzten Fall, daß bloß Ansprüche des Klägers in Frage stehen — handelt es sich um die Verfolgung eines oder mehrerer Rechtsansprüche des Klägers. Und zwar bezweckt der Letztere regelmäßig[5]) ein Doppeltes:

1) die richterliche Feststellung dieser (ausdrücklich oder thätlich) bestrittenen Ansprüche, und

2) die Verurtheilung des Verklagten zur thatsächlichen Anerkennung (insbesondere Erfüllung) derselben.

Demgemäß muß denn auch das Urtheil regelmäßig zwei Momente enthalten: ein declaratives (decisives, pronunciatio), durch welches der streitige Anspruch als vorhanden (wirksam) oder nicht vorhanden (unwirksam) festgestellt wird und ein dispositives (imperatives, condemnatio), wodurch der Verklagte verurtheilt oder absolvirt wird. Diese beiden Momente, deren letzteres allein den regelmäßigen Inhalt des Tenors bildet, sind begrifflich immer vorhanden; nicht bloß bei dinglichen (absoluten) Ansprüchen, wo sie sich besonders scharf trennen, sondern auch bei persönlichen (relativen)[6]). Man kann sich dieselben in dem logischen Verhältnisse von Grund und Folge denken, die Verurtheilung ergeht, weil der Anspruch zugesprochen wird, es wird logisch richtiger sein, die Dispositive nur als eine imperative Form der Decisive aufzufassen. Hieraus folgt aber von selbst, daß nicht die Dispositive, sondern die Decisive den eigentlichen Inhalt des Erkenntnisses, das Erkenntniß im juristischen Sinne bildet; die im Tenor ausgedrückte Dispositive

---

[5]) Die sog. Präjudicial- (insbes. Status-) klagen bleiben hier außer Acht.

[6]) Auch hier sagt der Richter:
1) B ist dem A aus Darlehen 100 schuldig,
2) Deshalb soll B dem A 100 bezahlen.

gibt nur die Anwendung des Erkenntnißinhaltes in dispositiver Form und zieht bei mehreren zuerkannten und aberkannten Ansprüchen (und Gegenansprüchen) das praktische arithmethische Resultat. Eben deshalb und weil sie meist nur eine ganz abstrakte Formel ohne individuelle Färbung enthält, ist aber auch aus ihr allein der eigentliche Inhalt des Urtheils, die Decisive, meist gar nicht zu erkennen. Dieser Inhalt, auf welchen es sonach allein ankommt, ist vielmehr regelmäßig aus dem Tenor und den Entscheidungsgründen, hauptsächlich aber aus den letzteren zu eruiren[7][8]).

---

[7]) Er kann sogar öfters nicht einmal hieraus allein klar erkannt werden, und ist dann, um mit Savigny zu sprechen, überall da zu suchen, wo er zu finden ist. So müssen oft die Parteischriften, insbesondere die Klage, zu Hülfe gezogen werden, um das Urtheil zu verstehen, d. h. den eigentlichen Erkenntnißinhalt desselben zu finden. Selbstverständlich sind dieselben aber im vorliegenden Fall, wo es sich bloß um die thatsächliche Frage handelt, ob ein Anspruch in Erkenntniß erwähnt oder nicht erwähnt ist, meist unerheblich. — Eine ganz andere Frage ist die, ob daraus, daß Zinsen etwa in der Klage erbeten, im Erkenntnisse aber mit Stillschweigen übergangen sind, ihre stillschweigende Aberkennung zu folgern ist. cf. darüber unten §. 8.

[8]) Ueber diese Benutzung der Entscheidungsgründe zur Eruirung des Erkenntnißinhaltes und die Rechtskraft der „Entscheidungselemente", wie sie Unger treffend nennt, herrscht denn auch jetzt in der Hauptsache kein Streit mehr; bestritten ist hierbei nur der Umfang der Rechtskraft der Entscheidungselemente bezüglich der Gegenansprüche des Beklagten, der uns aber hier nicht weiter interessirt cf. Unger Oesterr. Privatr. II, 640 ff. Wetzell Civilproceß 1. Aufl. 441 ff. Savigny Syst. IV., 350 ff., 371 ff. Früher herrschte über die Frage, ob bloß der Tenor oder auch die Entscheidungsgründe rechtskräftig würden, viel Streit; cf. Savigny l. c. Der Grundirrthum lag schon in dieser Fragestellung. — Mit der im Texte bejahten Frage nach der Rechtskraft der Entscheidungselemente sind aber folgende zwei Fragen nicht zu verwechseln: 1) die Frage nach der Rechtskraft der sog. objektiven Entscheidungsgründe, also die Frage, ob auch alle Entscheidungen des Urtheils über Thatsachen und Rechtsverhältnisse, auf Grund deren die Decisive ergeht (mithin die sog. mittelbaren objektiven Entscheidungsgründe), ebenfalls in Rechtskraft übergehen. cf. gegen die, diese Rechtskraft statuirende Theorie,

Hieraus ergibt sich für unsere erste Frage folgende Antwort:

1) Schweigen Tenor und Entscheidungsgründe über die Zinsen, so sind dieselben als im Erkenntnisse nicht erwähnt zu betrachten.

2) Dasselbe gilt selbstverständlich, wenn der Tenor von den Zinsen schweigt, und die Urtheilsgründe dieselben zwar (etwa bei der Darstellung des status causae et controversiae) erwähnen, aber über sie weder allein noch in Verbindung mit andern Ansprüchen eine Entscheidung treffen. Auch hier schweigt ungeachtet dieser äußerlichen Erwähnung das eigentliche Erkenntniß.

3) Schweigt zwar der Tenor, wird aber in den Gründen der Zinsanspruch aberkannt, so ist die Sache gerade so zu behandeln, als wenn der Zinsanspruch im Tenor aberkannt wäre und es treten ganz die einfachen Grundsätze eines rechtskräftigen abweisenden Erkenntnisses ein.

4) Wie aber, wenn der Tenor schweigt und die Gründe erkennen den Anspruch definitiv zu? (ein Fall der allerdings nicht vorkommen sollte!) — Jedenfalls können die Zinsen hier nicht als unerwähnt angesehen werden. Meines Erachtens ist aber hier der Zinsanspruch gerade so als zugesprochen anzusehen, wie wenn er im Tenor zugesprochen worden wäre, und mit der actio judicati verfolgbar. Zwar geht das letztere Rechtsmittel nur auf Erfüllung des imperativen (dispositiven) Theiles des Erkenntnisses und ist nicht dazu bestimmt, auch noch darüber hinaus den decisiven Theil des Urtheils zur Geltung zu bringen (cf. z. B. Wetzell, Civilpr. pag. 442).

---

welche hauptsächlich auf Savigny (Syst. VI. Bd.) beruht und als die in Theorie und Praxis herrschende bezeichnet werden muß, einstweilen Unger citt. und Wetzel citt. und unten §. 15 u. §. 17. 2) Die Frage, ob auch die Decisive oder gar die mittelbaren Entscheidungsgründe des Urtheils zur Begründung einer Klage ausreichen. cf. hierüber unten §. 15.

Aber in dem hier supponirten Falle ist die Uebergehung des Zinsanspruches im Tenor nur eine redactionelle Omission und deshalb juristisch nicht anders als ein Schreib- oder Rechnungsfehler zu behandeln. Wie also ein solcher nach einer gewiß zu billigenden allgemein herrschenden Ansicht [9]) sowohl von dem Richter, der das Urtheil gesprochen hat (auch noch nach der Rechtskraft desselben) als von jedem andern Richter, „der mit der Sache zu thun bekommt", insbesondere dem Executionsrichter verbessert werden kann und bez. muß, so muß dasselbe auch von jener andern Omission gelten.

5) Wird im Urtheile der Zinsenanspruch zwar weder zu- noch abgesprochen, aber — sei es im Tenor, sei es in den Entscheidungsgründen — für ein späteres Verfahren ausdrücklich vorbehalten: so kann man ebenfalls nicht sagen, daß das Erkenntniß ihn nicht erwähne. Denn dasselbe trifft zwar jetzt noch keine Entscheidung über ihn, erklärt aber im Voraus, daß noch eine besondere Entscheidung über ihn ergehen solle und nimmt also auf diese Entscheidung als nachfolgenden ergänzenden Theil seiner selbst im Voraus Bezug. Eine solche Maßregel ist somit da, wo sie überhaupt zulässig ist, nur als eine proceßleitende aufzufassen, durch welche das Erkenntniß in zwei zeitlich getrennte Theile zerlegt wird, und der ganze Proceß selbst ist noch nicht als erledigt anzusehen. Das Nähere über diesen Fall gehört indeß nicht hierher [10]).

---

9) cf. z. B. Savigny, Syst. VI., 379.

10) cf. hierüber Seuffert im Archiv für civ. Prax. I. pag. 230 ff. Seuffert nimmt mit Recht an, daß die Grundsätze, welche sonst über die im Erkenntnisse nicht erwähnten Verzugszinsen gelten und die wir unten noch schildern werden, hier keine Anwendung finden. Er brauchte sich aber hierfür nicht erst auf den bestimmten Ausspruch der l. 3 C. (7,54) zu berufen, sondern hätte seine Ansicht schon allein darauf stützen können, daß hier ja formell erst ein theilweises, noch der Ergänzung wartendes Urtheil vorliegt. — Wie ist es bei einem Widerspruche zwischen Tenor und Urtheilsgründen (Zusprechen im Tenor, Absprechen in den Gründen und umgekehrt) zu halten? In diesem Fall, der ebenfalls nicht

Unsere Untersuchung hat sich also auf die Erörterung des Falles zu beschränken, daß ein rechtskräftiges, den Proceß vollständig abschließendes Endurtheil, welches den Beklagten zur Zahlung des Kapitals verurtheilt, in seiner Decisive die Zinsen nicht erwähnt.

Die Wirkungen eines solchen Erkenntnisses auf die Zinsforderung sind nun offenbar das Produkt zweier Faktoren, des activen, wirkenden (nämlich des seinem Inhalte nach oben beschriebenen Erkenntnisses) und des passiven, receptiven (nämlich der Zinsforderung).

Schon hieraus folgt, daß wir die rechtliche Natur der Zinsen selbst feststellen müssen, ehe wir jene Wirkungen des Erkenntnisses auf dieselben untersuchen können.

Diese Nothwendigkeit ergibt sich noch deutlicher aus folgender Betrachtung:

Ein Erkenntniß über eine Rechtssache — das Kapital — wird nur dann von Einfluß auf eine andere Rechtssache — die Zinsen — sein können, wenn beide Rechtssachen in irgend welchem Zusammenhang stehen. Waren nun Zinsen miteingeklagt, so liegt schon hierin ein äußerer, processualischer Zusammenhang, und es wäre denkbar, daß sich die in Frage stehenden Wirkungen aus diesem Gesichtspunkte allein bestimmen ließen. Wir haben aber auch den Einfluß des Erkenntnisses auf nicht eingeklagte Zinsen zu untersuchen. Bei diesen fehlt jener äußere Zusammenhang gänzlich und die Existenz und Beschaffenheit der Wirkungen eines Erkenntnisses über das Kapital auf solche Zinsen können also nur auf dem materiellen Verhältnisse zwischen Kapital und Zinsen beruhen. Ohne die Feststellung des letzteren ist also die Lösung unserer Aufgabe unmöglich.

Hiermit sind aber auch zugleich die Richtung und der Umfang unserer Voruntersuchungen über die Zinsen bestimmt.

---

hierher gehört, wird wohl, soweit der Widerspruch geht ein in sich (unheilbar) nichtiges Urtheil (sententia nulla) anzunehmen sein. Das Nähere ist hier nicht zu erörtern.

Es gilt lediglich das juristische Verhältniß des Kapitals zu den Zinsen und zwar sowohl zu den Zinsen im Allgemeinen, als zu den Verzugs- und vorbedungenen Zinsen erschöpfend zu bestimmen. Das Erstere ist nur möglich unter Feststellung des Begriffs und Wesens der Zinsen überhaupt, das letztere nur unter Nachweisung des etwa vorhandenen Unterschiedes zwischen beiden Zinsarten und ihrem Verhältnisse zum Kapital. Dabei wird sich herausstellen, daß in dieser Hinsicht die vorbedungenen und die Verzugszinsen nur als Typen zweier umfassender, wesentlich verschiedener Kategorieen erscheinen, in welche sämmtliche Zinsarten eben nach der Natur ihres Verhältnisses zur Hauptforderung zerfallen. Zur völligen Klarlegung dieser beiden Kategorieen, sowie zur Ermöglichung der Nachweisung, daß die vorbedungenen Zinsen zu der einen und die Verzugszinsen zu der anderen jener beiden Kategorieen gehören, wird eine vorherige summarische Uebersicht der Entstehungsgründe der Zinsen unentbehrlich sein; dieselbe bietet nebenbei den Vortheil, daß sie uns vielfach die nothwendigen historischen und dogmatischen Grundlagen für die späteren Untersuchungen liefert. Sodann wird an die Erörterung des materiellen Unterschieds zwischen den vorbedungenen Zinsen und den Verzugszinsen noch die Beantwortung der für die Lösung unserer Aufgabe direkt wichtigen Frage anzureihen sein, ob Verzugszinsen im Gegensatze zu vorbedungenen Zinsen vom Richter ungebeten zuzuerkennen seien.

Darüber hinaus haben sich aber selbstverständlicher Weise jene Voruntersuchungen über die Zinsen nicht zu erstrecken.

II. Das juristische Verhältniß des Kapitals zu den Zinsen überhaupt sowie insbesondere zu den vorbedungenen und den Verzugszinsen.

1) Das Verhältniß zwischen Kapital und Zinsen im Allgemeinen.

§. 2.

Der Begriff der Zinsen ist im Wesentlichen unbestritten.

Zinsen (usurae) sind eine Quantität von Fungibilien, welche Jemand dafür, daß ihm der Gebrauch einer andern Quantität von Fungibilien derselben Art (Kapital, sors) für eine Zeit entzogen ist, nach Verhältniß dieser Zeit und Quantität in Anspruch zu nehmen hat [1]).

Aus diesem Begriff ergeben sich folgende Sätze:

1) Die Zinsen haben einen rein obligatorischen Charakter. Während die Früchte (fructus naturales), mit welchen sie oft als fructus civiles in Parallele gestellt werden [2]), sich zunächst als (körperliche) Sachen und Gegenstände des Sachenrechts darstellen (wenn sie selbstverständlich auch daneben als Objekt von Forderungsrechten fungiren können), kann man juristisch nur von Zinsforderungen sprechen.

2) Eine Zinsforderung setzt zu ihrer Entstehung eine Kapitalforderung voraus.

3) Die Zinsforderung ist [3]) von Natur ihrer Größe nach unbestimmt, weil letztere von der Größe des Kapitals und der Zeit der Gebrauchsentziehung desselben abhängig ist.

4) Mit dem Erlöschen der Kapitalforderung bekommt die Zinsforderung ihren Abschluß und ihre quantitative Bestimmtheit. Sie kann sich nun nicht mehr weiter ausdehnen, der Zinsenlauf hört auf [4]).

---

[1]) Die in den Lehr- und Handbüchern 2c. aufgestellten Definitionen weichen meist nur im Wortausdrucke von einander ab; wo sie eine sachliche Abweichung enthalten, beruht dies gewöhnlich nnr auf einer Incorrectheit des Ausdruckes. — cf. z. B. die Definitionen von Arndts, Pand. §. 207. Windscheid, Pand. §. 259. Savigny, Syst. VI., 124. Wächter, Würt. Privatr. II. u. a. m.

[2]) l. 34 D. de usur. geht offenbar zu weit hierin. cf. andererseits l. 121 de V. O. (45,1), l. 62 de R. V. (6,1).

[3]) Selbstverständlich vom Standpunkte der Entstehung aus betrachtet!

[4]) Der früher oft gebrauchte Ausdruck „mit der Hauptforderung erlösche die Zinsforderung" (d. h. jede Zinsforderung, die Zinsforderung als solche) ist handgreiflich falsch. Aber auch die statt dessen jetzt allgemein

5) Dagegen folgt aus dem Begriff der Zinsen an sich nicht, daß mit dem Erlöschen der Hauptforderung auch die (entstandene) Zinsforderung erlösche. Die positive Bestimmung Justinians in l. 26 C. de usur., wonach mit der Verjährung der Kapitalforderung auch sämmtliche Zinsenrückstände erloschen sein sollen, ist nur als singuläre Anordnung anzusehen und deshalb nicht auszudehnen.

Betrachtet man die in den obigen Sätzen hervortretende Natur der Zinsen, so ergibt sich klar, daß die letzteren begriffsmäßig in einem vielfach abhängigen und untergeordneten Verhältnisse zur Kapitalforderung stehen. Diese Abhängigkeit äußert sich denn auch in der weiteren, zwar nicht aus dem Begriffe der Zinsen folgenden, aber unzweifelhaft bestehenden Rechtsregel, daß eine Disposition über die Hauptforderung im Zweifel als auch über die Zinsforderung mitgetroffen gilt. Man bezeichnet deshalb die Zinsforderung gewöhnlich als Nebenrecht (Nebenforderung) im Verhältniß zu der Kapitalforderung, welche dann als Hauptrecht (Hauptforderung) erscheint. Gegen die Richtigkeit dieser Bezeichnung läßt sich an sich d. h. nach dem Wortsinne Nichts einwenden; um so mehr aber gegen ihre Räthlichkeit. Das Wort Nebenrecht deutet ebenso wie Nebensache (accessorische Sache) in diesem weiten Sinne nur ein Abhängigkeitsverhältniß ganz im Allgemeinen an[5]; die unter dieser Bezeichnung zusammengefaßten Rechte

beliebte Redeweise: „es entständen nun, — nach der Erlöschung der Kapitalforderung — keine weiteren Zinsen mehr", ist zu vermeiden. Im besten Falle ist dieselbe ganz unjuristisch, da Zinsen nicht entstehen können, sondern nur Zinsforderungen. Soll damit aber gesagt sein, nach Tilgung der Hauptforderung könnten keine neuen Zinsforderungen mehr entstehen, so läge dabei die ganz schiefe, entschieden abzuweisende Vorstellung zu Grunde, als ob die ganze Zinsforderung juristisch aus unendlich vielen, nach einander zur Entstehung kommenden Zinsforderungen bestände, während doch juristisch nur eine Zinsforderung mit einem (einmaligen) Entstehungsgrunde vorliegt.

[5]) cf. Windscheid, Pand. §. 143, Note 9. Wächter, Württ. Privatr. II., 242.

können den verschiedenartigsten Inhalt haben und in einem sehr verschiedenen Grade der Abhängigkeit zu dem Hauptrechte stehen[6]). Der Begriff dieser Nebenrechte schlechthin ist deshalb juristisch ziemlich werthlos; man hat damit nur eine allgemeine, sehr elastische Formel gewonnen, welche erst aus der Beschaffenheit des concreten Rechtes ihren realen Inhalt zu erhalten hat. Andererseits ist aber jene Ausdrucksweise gefährlich. Stellt man einmal den Begriff der Nebenrechte in jenem weiten Umfange auf, so wird man leicht verführt werden, aus diesem Begriffe, den man für einen bestimmten und juristischen hält, praktische Consequenzen zu ziehen; und dies kann nach dem geschilderten allgemeinen und bloß natürlichen Wesen desselben nur zu Irrthümern führen. Diese Gefahr wird dadurch erhöht, daß das Wort „accessorisch" daneben auch einen engeren, prägnanten, specifisch juristischen Sinn hat, in welchem es die Qualität eines Theiles und zwar eines Nebentheiles zur Hauptsache bez. zum Hauptrechte bezeichnet[7]). Nimmt man das Wort in diesem letzten Sinne, so hat man ein vollständiges juristisches Princip, aus welchem mit Nothwendigkeit eine Reihe von wichtigen Folgerungen fließen; nimmt man es dagegen in jenem weiteren Sinne, so hat man eine juristisch leere

---

[6]) Besonders im Obligationenrechte gibt es eine ganze Reihe von Nebenrechten (die verschiedenen Arten der Bürgschaft, Pfandrecht, verschiedene Zinsforderungen, Executionsprivilegien 2c.). Sie haben bloß das gemeinsam, daß sie zu ihrer Entstehung eine Hauptforderung voraussetzen.

[7]) Die verschiedene Wortbedeutung und der letztere (engere) Begriff sind besonders für das Sachenrecht leicht nachzuweisen. Unter den Nebensachen im weiteren Sinne sondern sich scharf von einander ab die Nebensachen i. e. S. und die Pertinenzien. Während die ersteren einen physischen Bestandtheil der Hauptsache bilden und mit Rechtsnothwendigkeit unter den Rechtsverhältnissen derselben stehen (accessio cedit rei principali) sind die letzteren besondere für sich bestehende Sachen und stehen an sich unter ihren eigenen dinglichen Rechtsverhältnissen. Ueber die einzelnen Consequenzen und überhaupt cf. Wächter citt. 244 ff.

Formel, aus der keine weiteren Consequenzen abgeleitet werden dürfen. Die Gefahr einer Verwirrung in der Sache durch die verschiedenen Wortbedeutungen liegt also sehr nahe. Am besten wird man deshalb die Bezeichnung der Zinsen als „accessorische Rechte“ schlechtweg ganz vermeiden, sondern da, wo man jene allgemeine Bezeichnung nicht entbehren kann, den erläuternden Zusatz „im weitern Sinne“ zufügen; muß sich aber auch alsdann immer gegenwärtig halten, daß mit jener Bezeichnung kein neues Attribut hinzugefügt, sondern nur die begriffsmäßige abhängige Natur derselben in einem Ausdruck kurz zusammengefaßt wird.

Haben nun die Zinsforderungen sämmlich nur die obengeschilderte abhängige Natur (accessorische Natur im w. S.) oder stehen einige derselben in einem noch engeren Verhältnisse zur Hauptforderung?

Diese Frage kann erst vollständig gelöst werden, wenn wir die auf den verschiedenen Entstehungsgründen beruhenden einzelnen Arten der Zinsen kennen gelernt haben.

2) Uebersicht der Entstehungsgründe der Zinsen[1]).

§. 3.

Eine Zinsverbindlichkeit versteht sich niemals von selbst[2]) sondern setzt einen besondern Entstehungsgrund voraus.

Die Entstehungsgründe selbst bringt man üblicher und zweckmäßiger Weise unter folgende zwei Rubriken[3]):

I. Die Zinspflicht beruht auf einem sie ausdrücklich festsetzenden Rechtsgeschäfte, also auf dem Willen des Schuldners

---

[1]) cf. hauptsächlich Savigny, Syst. VI., pag. 125 ff.

[2]) Ueber und gegen die besonders auf l 26 (12,6) gestützte Annahme einer natürlichen Verbindlichkeit zur Zinszahlung cf. z. B. Windscheid, Pand. §. 289 Note 1.

[3]) Daß Verjährung kein Entstehungsgrund einer Zinsobligation ist, ist jetzt ziemlich unbestritten. cf. Windscheid §. 259 Note 7 und die zahlreichen dort citirten Schriftsteller.

oder einem rechtlich für ihn maßgebenden Willen eines Dritten — usurae voluntariae, freiwillige, besser: **willensmäßige** Zinsen.

II. Oder sie beruht auf **andern bestimmten Thatsachen**, an welche die Rechtsregel ohne Weiteres die Entstehung einer Zinsverbindlichkeit anknüpft — usurae necessariae oder legales[4]).

Zu der I. Classe gehören folgende einzelne Fälle:

1) Zinsen aus einem (obligatorischen) Vertrage, durch welchen man die Verzinsung eines Kapitals übernimmt.

Heut zu Tage ist keinem Zweifel unterworfen, daß ein jeder sonst gültiger Vertrag eine vollkommen klagbare Obligation erzeugt. Im römischen Rechte war dies bekanntlich anders und da sich unsere Untersuchung in der Folge vielfach auf historischem Boden bewegen muß, so müssen die römischen Grundsätze in aller Kürze in Erinnerung gebracht werden.

Nach röm. Recht begründete ein formloses pactum regelmäßig keine klagbare Obligation, sondern nur eine Naturalobligation[5]), die sich bei zweiseitigen Verträgen erst durch Leistung von der einen Seite in einen klagbaren sog. Innomi-

---

[4]) Man sagt von diesen Zinsforderungen gewöhnlich, sie beruhten auf allgemeiner **Rechtsregel**. (So Savigny, Windscheid 2c.) Dieser Satz ist unschädlich, insofern man ihn nicht leicht mißverstehen wird und empfiehlt sich durch seine Kürze, ist aber incorrect. Aus einer Rechtsregel allein kann niemals eine subjektive Berechtigung entstehen; es ist hierzu immer erforderlich der Eintritt einer bestimmten Thatsache, auf welche die Rechtsregel Anwendung leidet. Andererseits entsteht auch aus dem Rechtsgeschäft allein keine Zinsberechtigung, sondern nur deshalb, weil das Rechtsgeschäft von der Rechtsregel mit Wirksamkeit begabt wird. Der characteristische Unterschied der beiden Entstehungsarten besteht darin, daß in dem einen Fall die Parteien die Zinsverbindlichkeit ausdrücklich gewollt haben, in dem andern die Zinsverbindlichkeit von ihrem Willen an sich unabhängig ist.

[5]) Auch dies ist bestritten; cf. über die Controverse **Windscheid**, Pand. §. 289, Note 1, §. 312, Note 9.

nalcontract von eigenthümlicher Beschaffenheit verwandelte. Es konnte deshalb im r. R. im Vertragswege eine klagbare Zinsobligation nur entstehen:

a. Durch Stipulation — im römischen Rechtsleben der bei weitem häufigste, ja regelmäßige Fall.

Es entstand hierdurch eine condictio incerti im eng. Sinn d. h. eine einseitige civile Klage (mit formula in jus concepta), welche aber nicht auf ein certum, sondern wegen der oben (§. 2 Nr. 3) hervorgehobenen Natur der Zinsforderung auf ein incertum gieng und sich insofern den freien Klagen näherte. (Klageformel des klassischen Processes: . . . quidquid dare facere oportet).

Die Kapitalsobligation konnte auch auf einer Stipulation oder auf einem Darlehen beruhen; dann gab sie eine condictio certi und es waren also nebeneinander eine condictio certi auf das Kapital und condictio incerti auf die Zinsen vorhanden. Sie konnte aber auch auf irgend einem andern Entstehungsgrunde beruhen und deshalb ebenfalls eine condictio incerti im w. S. (also condictio incerti im e. S., actio bon. fid. &c) sein, ja sie konnte möglicherweise bloß eine naturalis obligatio sein.

Der regelmäßige Fall war aber, daß eine Stipulation auf das Kapital und eine auf die Zinsen abgeschlossen wurde. Es war dabei einerlei, ob dies äußerlich in einer Stipulation geschah; nach der Rechtsregel tot obligationes quot res (l. 86 de V. O.; l. 75 §. 9 de V. O.) waren juristisch immer zwei verschiedene Obligationen vorhanden.

b. Dagegen konnte ausnahmsweise auch ein pactum eine Zinsobligation begründen, nämlich

aa. nach allgemeinen Grundsätzen dadurch, daß es in continenti einem contractus bon. fid. beigefügt wurde.

Ein solches pactum wurde nämlich dann als Theil der Hauptobligation betrachtet und es konnte mit der Klage aus dem Hauptvertrage auch auf seine Erfüllung geklagt werden.

Dieser Zinsanspruch aus dem pactum hatte aber eben

deshalb keine besondere Existenz; er war nur ein integrirender Theil der Hauptforderung selbst.

bb. Ganz auf positiven Besonderheiten beruhen sodann zwei von Savigny, Syst. VI., 126 ff. behandelte Fälle, die hier nicht weiter interessiren, übrigens sehr bestritten sind.

2) Insofern nach römischem und heutigem Rechte die einseitige Willenserklärung (Pollicitation, Auslobung) überhaupt eine rechtliche Wirksamkeit hat, muß sie dieselbe auch für die darin zugesagten Zinsen haben.

3) Endlich gehören hierher die sog. usurae testamentariae, welche eintreten, wenn der Erblasser dem Querirten mit der Verzinsung des legirten Kapitals belastet.

II. Zur zweiten Classe, also den sog. usurae legales gehören folgende Arten:

1) Die wichtigste Art bilden die Verzugszinsen, welche der Schuldner eines Kapitals vom Augenblicke des Verzugs an als (Minimal-) Entschädigung zahlen muß. Die Einzelheiten interessiren hier nicht weiter [6]. Nur ist darauf aufmerksam zu machen, daß nach röm. Rechte bei Condictionen (certi wie incerti) die Verzugszinsen durch die strenge Natur dieser Klagen ausgeschlossen waren (ausgenommen beim Legat).

2) Die Proceßzinsen. Durch die Einleitung des Processes wird eine auch sonst unverzinsliche Schuld verzinslich und zwar vom Augenblicke der Litiscontestation an.

Manche (wie z. B. neuerdings noch Wetzell) wollen zwar diese Proceßzinsen mit den Verzugszinsen identificiren, indem

---

[6] Ueber die Ausnahmen cf. Windscheid §. 280 Nr. 1. Sehr controvers ist, ob Verzugs- und Proceßzinsen (sowie die sub 3 u. 4 anfgeführten Zinsen) nur bei Geldschulden oder auch bei andern Kapitalschulden zulässig sind. Die erstere Ansicht hat Savigny (Syst. VI. §. 269) am besten vertheidigt. Die letztere wird aber doch wohl vorzuziehen sein im Hinblick auf l. 32 §. 2, l. 43 de usur. (22,1), l. 87 §. 1 de legg. I., l. 1, l. 2 C. (6,47), welche die Zinsverbindlichkeit ganz allgemein statuiren, und besonders die l. 51 §. 1 de hered. pet. (3,5), welche man wohl ohne Willkür nicht in der Savigny'schen Weise interpretiren kann.

sie entweder behaupten, daß durch die Litiscontestatio der Schuldner immer in Verzug gesetzt werde (bei welcher Ansicht also kein materieller Unterschied bestehen würde) oder indem sie zwar zugestehen, daß dies nicht immer der Fall zu sein braucht, aber in solchen Ausnahmsfällen auch die Berechtigung zu Proceßzinsen bestreiten. Allein jene erstere Ansicht scheitert an dem Wesen des Verzugs[7]), die letztere an dem ausdrücklichen Wortlaut der Gesetzesstellen[8])[9]).

3) Eine ganz eigenthümliche, unseres Erachtens im heutigen Rechte nicht mehr bestehende Art bilden die sog. Judicatzinsen. Ueber dieselben wird jedoch geeigneter Weise erst am Schlusse dieser Abhandlung gehandelt werden.

4)[10]) Ein Verwalter fremden Vermögens, der Fungibilien in eigenen Nutzen verwendet oder nicht so, wie er hätte sollen, nutzbar gemacht hat, muß sie vom Tage der Verwendung bez. des Liegenlassens verzinsen.

5) Ebenso der, welcher Auslagen zu erstatten hat, die ein Mandatar oder negotiorum gestor für ihn gemacht hat, vom Tage der Auslage an.

6) Ferner gehört hierher die bekannte Verpflichtung des Käufers zur Verzinsung des Kaufpreises nach Uebergabe der Waare, wenn der Handel nicht auf Credit geschlossen war.

---

7) cf. Windscheid, Pand. §. 276. 277., v. Vangerow, Pand. I. p. 253 (7. Aufl.), Wächter, Erört. III., 119, Savigny, Syst. VI., 81 u. A.

8) cf. besonders Savigny VI., 138 ff.

9) Eine andere Controverse, nämlich ob auch bei act. strict. jur. Proceßzinsen zu zahlen waren, (von Savigny im 5. Bd. seines Systems verneint, im 6. Bd. bejaht) würde nur insoferne von mittelbarer, praktischer Bedeutung sein, als sie bejahenden Falles ein weiteres Argument für die Nicht-Identität der Proceß- und Verzugszinsen abgeben würde, da letztere bei Condictionen unzweifelhaft ausgeschlossen waren. Sie wird aber bei dem allgemeinen Wortlaut der l. 1 C. (4,5) und l. 9 C. (4,30) wohl in verneinendem Sinne zu entscheiden sein.

10) cf. über diese und die folgenden Fälle z. B. Windscheid, Pand. §. 259 Note 7.

7) Forderungen der Minderjährigen und des Fiskus sind sofort mit der Fälligkeit verzinslich [11]).

8) Ein Vermächtniß zu frommen Zwecken muß nach 6 Monaten seit Insinuation des Testamentes verzinst werden.

9) Desgleichen die Dotalkapitalien, mit deren Herausgabe der Ehemann über ein Jahr lang zögert.

10) Eine nicht vom Vater versprochene dos ist nach Ablauf von zwei Jahren zu verzinsen.

3) Unterschied der **selbstständigen** (insbesondere vorbedungenen) und **der accessorischen** (Verzugs-) Zinsen in ihrem Verhältnisse zur Hauptforderung.

§. 4.

Wir kehren nunmehr zur Beantwortung der am Schlusse von §. 2 aufgeworfenen Frage zurück, ob ein Theil der Zinsforderungen in einem noch engeren, aus dem Begriffe der Zinsen an sich nicht herfließenden Verhältnisse zur Hauptforderung steht. Diese Frage ist zu bejahen. Die sämmtlichen Zinsforderungen zerfallen nämlich je nach der Natur ihres Verhältnisses zur Hauptforderung in zwei wesentlich verschiedene Categorien:

1) in solche, welche eine eigene Forderung für sich bilden und also zu der Hauptforderung nur in dem, aus ihrer allgemeinen Natur als Zinsen herfließenden Abhängigkeitsverhältnisse stehen;

2) in solche, welche keine eigene Forderung bilden, sondern nur Nebenbestandtheil der Hauptforderung sind und sich also zu ihr verhalten, wie im Sachenrechte die res accessoriae im engeren Sinn zur Hauptsache.

Der principielle Unterschied zwischen beiden Categorieen ist von selbst klar. In Rücksicht hierauf und auf das am Schlusse

---

[11]) Manche nehmen hier mit Unrecht einen fingirten Verzug an. So Madai, Verzug §. 26, Windscheid, Pand. §. 278 Note 11. Die l. 87 §. 1 de legg. II. verwirft diesen Gedanken ausdrücklich.

von §. 2 Vorgetragene wird es sich demgemäß empfehlen, nur die Zinsforderungen der letzteren Classe accessorische zu nennen, jene der ersteren dagegen als selbstständige zu bezeichnen. Dieser letztere Ausdruck kann nach dem oben Ausgeführten nicht mißverstanden werden. Die allgemeine abhängige Natur der Zinsen, wie sie oben aus dem Begriffe derselben entwickelt wurde, soll damit nicht in Frage gestellt sein und wird ja schon durch das Wort Zinsen zum Ausdruck gebracht. Durch die Beschränkung der Bezeichnung accessorisch auf jene zweite Classe reduciren wir aber einen doppelsinnigen Ausdruck auf einen bestimmten Begriff und entgehen dadurch den Gefahren, welche eine zweideutige Bezeichnung in der Wissenschaft immer mit sich bringt[1]).

Sehen wir nun zu, welche Zinsarten zu der einen und welche zu der anderen Classe gehören, so finden wir, daß jene Eintheilung thatsächlich[2]) ganz mit der nach den Entstehungsgründen zusammenfällt: die willensmäßigen Zinsen (aus Rechtsgeschäft), also insbesondere die vorbedungenen, sind selbstständige, die gesetzlichen (aus Rechtsregel), also insbesondere die Verzugszinsen, sind accessorische.

---

[1]) Es ist nur allzubekannt, welche falschen Consequenzen man aus der sogen. accessorischen Natur aller Zinsen gezogen hat. Die besten Illustrationen liefert Reyscher, Zeitschrift für deutsch. R. Band XVII pag. 7 ff., wo es wörtlich heißt: „Auch die Eigenschaft einer Nebenforderung schließt die besondere Klagbarkeit nicht aus; denn der Vertragszins ist eine Nebenforderung wie die Verzugszinsen 2c. 2c." cf. auch unten §. 4 nach Note 14. Der charakteristische Unterschied beider Zinskategorien wird richtig und lebhaft betont von Brinz, Pand. §. 104. §. 304.

[2]) Es ist vor dem (seit Savigny gewöhnlichen) Irrthume zu warnen, als ob jenes thatsächliche Zusammenfallen beider Eintheilungen nothwendig, also die Entstehungsgründe identisch seien. cf. hiergegen das oben in §. 3 Note 4 Bemerkte. — Das österr. Gesetzbuch, welches ebenfalls die Eintheilung in selbstständige und accessorische Zinsen hat, stellt die Verzugszinsen zu den selbstständigen. cf. Unger, österr. Vierteljahrschrift für Recht und Rechtswissenschaft Band XIV., pag. 117 ff.

Für das **römische** Recht ist jedoch eine Modifikation zu bemerken. Nach demselben gehörten nämlich aus leicht begreiflichen Gründen nur die auf selbstständigem Rechtsgeschäfte beruhenden Zinsen zu den selbstständigen Zinsen, während die auf pactum adjectum beruhenden zu den accessorischen zählten.

Darüber nun, daß die Zinsforderungen nach der Natur ihres Verhältnisses zur Hauptforderung in zwei Categorieen zerfallen und daß die Zinsen der ersten Categorie nur in dem begriffsmäßigen Verhältnisse der Zinsforderungen überhaupt, die der andern dagegen in einem engern Verhältnisse zur Hauptforderung stehen, ist kein Streit; ebensowenig im Allgemeinen[3]) auch darüber, daß zur ersteren Classe die aus Rechtsgeschäft, zur zweiten die aus Rechtsregel gehören.

Nicht so unbestritten ist dagegen das eigentliche Wesen des Unterschiedes, also die eigentliche obengeschilderte Natur der accessorischen Zinsforderung als Nebenbestandtheil der Capitalforderung. Manche (wie z. B. der oben citirte Reyscher) leugnen dieselbe gänzlich, Andere geben sie zwar im Princip zögernd zu, machen aber in den Folgesätzen so viele Beschränkungen, daß das Princip selbst dadurch rückwärts aufgehoben wird.

Wir müssen deshalb dieses für unser Thema so wichtige Grundprincip der accessorischen Zinsen beweisen, und zwar soll dies theils durch Aussprüche der Quellen geschehen, welche das Princip direkt als solches anerkennen, theils durch die Entwicklung und Nachweisung der einzelnen Folgesätze, welche sich aus jenem Princip mit logischer Nothwendigkeit ergeben und die, wenn sie als in den Gesetzen begründet nachgewiesen werden, rückwärts das Princip selbst bestätigen müssen.

I. Das Princip des Unterschiedes selbst wird in den Quellen auf doppelte Weise ausgedrückt. Zuerst durch den

---

[3]) cf. jedoch Arndts, Pand., Unterholzner, Schuldverhältnisse, I. pag. 323. — Die richtige Ansicht wird gegen Unterholzner besonders vertheidigt von Sintenis, Civilrecht, II, pag. 99 ff.

Gegensatz der Zinsen, quae in obligatione sunt und derer, quae officio judicis debentur. So in

l. 49 §. 1 D. de Aed. Ed (21,1),

l. 54 D. locat. (19,2),

l. 58 pr. ad SC. Treb. (36,1).

Man hat diese Worte bis auf den heutigen Tag herab vielfach mißverstanden und gerade auf ihnen besonders beruht die in §. 5 näher zu widerlegende Ansicht, daß Verzugs- und überhaupt accessorische Zinsen ungebeten zuzuerkennen seien. Der Sinn derselben ist aber einfach folgender:

Auf die accessorischen Zinsen konnte vom Prätor keine besondere Klage gegeben werden, weil dieselben nicht den Gegenstand einer besonderen Obligation ausmachten (non sunt in obligatione) wie die selbstständigen, sondern nur einen Bestandtheil der Hauptobligation bildeten. Der judex war aber in der Formel des klassischen Processes vermöge der Fassung derselben (quidquid dare facere oportet, cf. §. 5) ermächtigt, auch auf diese accessorischen Zinsen mitzuerkennen (officio judicis debentur), während er dies bei selbstständigen Zinsen natürlich nicht konnte, sondern hier eine besondere, wenn auch mit der Hauptklage zu verbindende Klage vor dem Prätor angestellt und dem Richter das Urtheilen auch über diesen (selbstständigen) Zinsanspruch in der Formel aufgetragen werden mußte. Dieser processualische Unterschied beruhte also ganz und gar auf dem materiellen Recht. In dem Gegensatze „non sunt in obligatione, sed officio judicis debentur" ist nun auf unlogische Weise das eine Glied des Gegensatzes aus dem materiellen Rechte genommen (non sunt in obligatione) das andere aus dem processualischen (officio judicis debentur). In die Sprache des späteren und heutigen Rechtes ohne Formularproceß übersetzt bezeichnet also jene Unterscheidung nur den materiellen Unterschied zwischen accessorischen und selbstständigen Zinsen[4]).

[4]) cf. auch Windscheid, Pand. §. 259, Note 9. — Bezüglich der Zinsen aus dem einem contractus bon. fid. beigefügten pactum ist übri-

Dagegen wird in anderen Stellen der Unterschied unmittelbar in seinem Wesen dargestellt, indem gesagt wird, daß bei den selbstständigen Zinsen zwei Obligationen und zwei Klagen vorhanden seien, die eine auf das Kapital und die andere auf die Zinsen, bei den accessorischen Zinsen aber nur eine Obligation und eine Klage (ein Anspruch) auf Kapital sammt Zinsen.

So besonders die l. 4 C. depos. (4,32), in welcher es von den accessorischen Zinsen im Gegensatz zu den selbstständigen ausdrücklich heißt:

Non enim sunt duae actiones, alia sortis, alia usurarum, sed una.

II. Aus dem juristischen Wesen der accessorischen Zinsforderung als Nebenbestandtheiles der Hauptforderung ergeben sich folgende Sätze, welche sämmtlich auf die selbstständigen Zinsen keine Anwendung leiden:

1) Es gibt bei den accessorischen Zinsen keinen besondern Anspruch (keine besondere actio) neben dem Anspruche auf das Capital, sondern nur einen Anspruch auf das Capital, welcher die accessorischen Zinsen als Nebenbestandtheil (incrementum) mitumfaßt.

Dieser Satz ist in der schon oben citirten l. 4 C. depos. klar hervorgehoben.

Und zwar wurde derselbe, wie wir gesehen, im klassischen römischen Rechte nicht nur materiell, sondern auch processualisch verwerthet; in dem Anspruch des Klägers, ihm Alles zuzusprechen, was ihm in Folge eines bestimmten Rechtsverhältnisses zustehe, wurden consequenter Weise auch die accessorischen Zinsen als mit einbegriffen angenommen.

---

gens zu bemerken, daß dieselben zwar ebenfalls nur accessorische im e. S. und also nur mit der Hauptklage zu verfolgen waren, der judex aber jedenfalls auf sie durch einen Zusatz in der demonstratio aufmerksam zu machen war. Man scheint deshalb an diese Zinsforderungen nicht gedacht zu haben, wenn man von Zinsen sprach, quae officio judicis debentur. cf. Savigny VI., 157.

Wenn aber auch nun jene processualische Verwerthung des Principes in dem späteren und heutigen Rechte vermöge der Aenderungen der Proceßnormen keine Stelle mehr finden kann, so ist doch hierdurch begreiflicher Weise das Princip selbst nicht berührt worden[5]. Und noch weniger kann auch der Umstand, daß wir nach heutiger Rechtsanschauung den Rechtsanspruch zunächst von seiner materiellen Seite und nicht gleich von vornherein als Klageanspruch (actio) auffassen, an dem gedachten materiellen Principe etwas ändern; denn wenn das römische Recht keine besondere actio auf accessorische Zinsen zuließ, so that es dies eben deshalb, weil es keinen besonderen Anspruch darauf anerkannte[6].

2) Ein für eine Forderung constituirtes Pfandrecht oder Bürgschaft muß sich ohne Weiteres auch auf die erst nachher[7] zur Entstehung kommende accessorische Zinsforderung erstrecken, weil dieselbe eben nur als incrementum der durch ihren Hinzutritt im Wesentlichen nicht veränderten Hauptforderung erscheint.

Dieser Satz ist ebenfalls in den Quellen ausdrücklich anerkannt (l. 54 D. locati) und wird auch allgemein zugestanden.

3) Mit dem Untergange des Hauptanspruches erlischt nothwendig auch die accessorische Zinsforderung, d. h. sie hört nicht nur auf, sich zu vergrößern — dies gilt selbstverständlich auch bei der selbstständigen Zinsforderung und folgt aus der

---

[5]) Wie z. B. Reyscher in der oben citirten Abhandlung in der Zeitschrift für deutsch. R. (pag. 5 ff.) zu argumentiren scheint.

[6]) Will man in der von Windscheid in seiner „actio“ entwickelten Auffassung sagen: „dadurch, daß das röm. R. eine besondere actio negirte, wies es einen besonderen Anspruch zurück“, so hat man im Grunde genommen doch dasselbe materielle Resultat. — Richtig auch Windscheid, Pand. §. 259, Note 9, während aus dem von ihm in seiner „actio“ pag. 117 und 118 entwickelten Ansichten, deren Ungrund weiter unten dargethan werden wird, andere Ergebnisse folgen müßten.

[7]) Durch später eingetretenen Verzug &c. &c.

Natur der Zinsforderung als solcher — sondern die ganze entstandene Zinsforderung erlischt mit allen Zinsrückständen.

Dieser Satz ist indessen am bestrittensten, und da er nicht nur von unmittelbarer praktischer Bedeutung ist, sondern auch die stärkste Consequenz des Princips der accessorischen Zinsen überhaupt bildet, bei seinem Wegfall also die Richtigkeit des Princips selbst zweifelhaft werden müßte, so ist auf die über ihn bestehende Controverse näher einzugehen.

Der Satz ist, wie bereits bemerkt, die weitgehendste Consequenz des an die Spitze gestellten Princips der accessorischen Zinsen als Nebenbestandtheiles der Hauptforderung; denn ein solcher läßt sich offenbar nach Untergang der Hauptforderung, mit der und für die er ja nur existirt, nicht mehr denken. Das Grundprincip selbst haben wir nun in andern Stellen, insbesondere in der l. 4 C. depos. und der l. 54 locati, hauptsächlich aber in dem in der letzten Stelle ausgesprochenen Satze (2) klar bestätigt gefunden. Damit ist also schon ein allgemeiner logischer Beweis für den Satz gegeben.

Außerdem wird derselbe aber auch ausdrücklich in folgender Gesetzesstelle bezeugt:

l. 49 §. 1 de Aed. Ed. (19,1).

Pretii sorte, licet post moram soluta, usurae peti non possunt, quod hae non sunt in obligatione, sed officio judicis debentur.

Diese Stelle sagt bei unbefangener Interpretation offenbar ausdrücklich, daß wenn die Hauptforderung — im vorliegenden Falle durch Zahlung — getilgt ist, eine Nachforderung der Verzugszinsen nicht statthaft sei, weil dieselben „**non in obligatione sunt, sed officio judicis debentur**", d. h., wie wir oben gesehen, weil dieselben accessorische Zinsen seien.

Die communis opinio hat denn auch von jeher an dem obenaufgestellten, sowol durch allgemeine Erwägungen begründeten, als durch diese ausdrückliche Gesetzesstelle bezeugten Satze festgehalten. Andererseits hat es niemals an Dissidenten gefehlt. Abgesehen von Aelteren hat schon Mevius denselben

geleugnet oder wenigstens dahin beschränkt, daß der Untergang der accessorischen Zinsforderung durch Vorbehalt des Gläubigers beschränkt werden könne und in neuerer Zeit haben sich besonders Windscheid, Pand. §. 259, N. 10 und Arndts[8]) in der (Münchener) krit. V. Schr. V. pag. 181 ff. dafür ausgesprochen, daß der Gläubiger nur dann Nichts mehr nachfordern könne, wenn der Schuldner das Kapital in dem Sinne anbiete, um sich von der ganzen Schuld zu befreien und der Gläubiger, wissend, daß noch eine accessorische Zinsforderung bestehe, die Zahlung ohne Vorbehalt annehme. Dieselben halten also die Zinsforderung reservirt, sowohl durch einen Vorbehalt des Gläubigers bei der Zahlung als auch durch Nichtwissen desselben von dem Bestehen der Zinsforderung. Diese Ansicht dürfte jedoch nicht schwer zu widerlegen sein. Zunächst müssen Windscheid und Arndts die l. 49 cit. auf sehr willkürliche, ja gesuchte Weise auslegen und Voraussetzungen in dieselbe hineintragen, welche ihr offenbar ganz fremd sind. Gegen eine solche Interpretation spricht schon der Grundsatz: lege non distinguente nec nostrum est destinguere; sie wird aber geradezu als unmöglich ausgeschlossen durch den weiteren Inhalt der Gesetzesstelle selbst. Denn nicht auf einen — sehr willkürlich anzunehmenden — stillschweigenden Verzicht, auf welchen die Arndts-Windscheid'sche Ansicht hinausliefe, sondern auf die accessorische Natur der Zinsen und nur auf diese wird die Entscheidung mit dürren Worten gestützt. Beide Schriftsteller[9])

---

[8]) Ueber die übrige Literatur cf. Holzschuher, Theorie und Casuistik rc. rc. Band II., pag. 47, 48 und Windscheid l. c. An dem letzteren Orte sind auch die wichtigsten praktischen Entscheidungen aus Seufferts Archiv angeführt. Die Entscheidung des Oberappellationsgerichts Oldenburg ist von Lang (siehe Arndts l. c.) vielleicht nicht ganz mit Unrecht „confus" genannt worden, sie will aber offenbar den weiter unten zu entwickelnden richtigen Gedanken der thatsächlichen Natur der Zahlung ausdrücken. Die übrigen Entscheidungen enthalten keine neuen Gesichtspunkte.

[9]) Am leichtesten macht es sich Reyscher in der citt. Abhandlung.

glauben denn auch zu jener überkühnen Interpretation nur deshalb greifen zu müssen, weil sie keinen juristischen Grund für die Nothwendigkeit des Unterganges der accessorischen Zinsforderung mit dem Untergange der Hauptforderung einzusehen vermögen[10]). Aber nach dem, was wir oben über die accessorischen Zinsen überhaupt ausgeführt haben und was Windscheid ja doch am angeführten Orte im Texte bei Note 10 und in Note 9 selbst behauptet, würde es im Gegentheile geradezu unbegreiflich sein und im Widerspruche zu andern zweifellosen Rechtssätzen stehen, wenn jener Satz in den Quellen verworfen wäre. Der Einwand von Arndts, es könne ja auch aus einem Kaufvertrage zuerst auf Tradition und dann wegen heimlicher Mängel geklagt werden, ist offenbar unstichhaltig. Denn es handelt sich eben dort um zwei, allerdings aus einer Obligation hervorgehende Ansprüche; ist der eine durch Erfüllung getilgt, kann immer noch der andere eingeklagt werden. Hier ist aber nur ein Anspruch auf das Capital vorhanden, das nur durch die Zinsen erweitert ist. Besser ist der Einwand, welchen Windscheid l. c. aus der Theilbarkeit der Forderungen ableitet: es sei ja von dem quiquid dare facere oportet des Schuldners immer noch etwas vorhanden und müsse also hierauf geklagt werden können. Aber es handelt sich hier nicht um eine Theilung von 100 in 99 und 1, sondern von (100 + Zuwachs) in 100 und Zuwachs und die Möglichkeit dieser letzteren Theilung ist eben juristisch geradeso zu bestreiten, wie die Theilung eines Gebäudes in Grund und Boden einerseits und aedificatio andererseits. Windscheid beruft sich auch darauf, daß man ja doch auch die Forderung auf das Capital geltend machen könne, nachdem die Verzugszinsen bezahlt seien[11]). Dieser letztere Satz soll gewiß

Derselbe führt die in die Gesetzsammlung Justinians aufgenommene Stelle einfach als historische Merkwürdigkeit an.

[10]) Arndts a. a. O. sagt dies geradezu.

[11]) arg. l. 23 D. de exc. rei jud. (44,1). Wir kommen unten noch ausführlicher auf diese Stelle zurück.

nicht bestritten werden, allein es bedarf keiner Ausführung, daß aus dem Satze, daß das principale ohne das accessorium bestehen kann, gewiß nicht auch das Umgekehrte abzuleiten ist.[12])

Es ist übrigens — und damit werden viele practische Bedenken sich erledigen — bei der Tilgung durch **Zahlung** zu beachten, daß dieselbe zunächst an sich einen reinthatsächlichen Charakter hat und erst durch ihre von dem **Willen** der Partheien abhängige Beziehung auf eine bestimmte Forderung ihre rechtliche Bedeutung als Tilgungsmittel dieser Forderung erhält. Wird also auf eine bestimmte Forderung von 100 + Verzugszinsen 100 gezahlt, so kommt es auf den Willen der Partheien an, ob die Zahlung auf die ganze Forderung (100 + Verzugzinsen) oder **bloß** auf das Capital erfolgen soll. Im ersten Falle, für welchen nach bekannten Grundsätzen im Zweifel die Vermuthung streitet, wird die Zahlung zunächst auf die Zinsen gerechnet und es bleibt ein Rest des Capitals nebst weiter laufenden Zinsen übrig. Im zweiten Falle erlischt die Capitalforderung und **mit ihr** die Zinsforderung und ein Vorbehalt kann diese letztere Wirkung an sich freilich nicht ausschließen.[13]) Aber durch die Hinzufügung eines solchen Vorbehalts wird, was man meist zu übersehen scheint, regelmäßig der Wille des Zahlenden und des Zahlungempfangenden dahin ausgesprochen sein, daß die Zahlung eben nicht auf das Capital allein, sondern auf Capital und Zinsen erfolgen solle; es wird also der oben geschilderte erste Fall gegeben sein und insofern

---

[12]) Inwiefern auch die l. 4 C. depos. und l. 13 C. de usur. jenen obigen Satz direct oder indirect bestätigen, werden wir in §. 13 dieser Abhandlung ersehen.

[13]) Die Frage, ob in der Anerkennung eines solchen Vorbehaltes ein constituirendes neues Rechtsgeschäft liegen kann, ist hier nicht zu erörtern. Sie ist hauptsächlich thatsächlicher Natur.

wird denn ein solcher Vorbehalt doch meistens — auf einem andern Wege — die gewünschte Wirkung haben.[14])

Wie kaum noch ferner hervorzuheben ist, gilt aber jener ganze Satz, daß mit der Hauptforderung auch die Zinsforderung untergehe, nur von den accessorischen Zinsen. Freilich hat man jenen Satz auch schon auf die selbstständigen Zinsen ausdehnen wollen, aber dabei lag nur jene falsche Auffassung der sog. accessorischen Natur aller Zinsen zu Grunde. (cf. Holzschuher a. a. O.)

Vielfache Analogieen zu den bisherigen Ausführungen liefert die Lehre über die Möglichkeit einer besonderen Nachforderung von Früchten, über welche das im Anhange dieser Abhandlung Ausgeführte zu bemerken ist.

4) Sind die accessorschen Zinsen vom Richter ungebeten zuzusprechen?

§. 5.

Zum Schlusse unserer Untersuchungen über das Wesen der accessorischen Zinsen ist noch die Frage zu beantworten, ob dieselben (also besonders Verzugs- und Proceßzinsen) vom Richter ungebeten, oder wie man gewöhnlich sagt, ex officio zuzusprechen sind.

Diese Frage wird gewöhnlich mit der anderen zusammengefaßt, ob auch sonstige Accessionen im e. S., Früchte und Proceßkosten von Amtswegen zuzusprechen seien und ist mit derselben wegen des gleichmäßigen accessorischen Charakters der Ansprüche auf die letztgenannten Gegenstände in der That auch identisch.

Früher wurde nun die Frage regelmäßig in bejahendem Sinne entschieden, ja man fand gerade darin, daß diese Zinsen von

---

[14]) Der ganze Satz, daß mit der Hauptforderung auch die accessorische Zinsforderung erlösche, tritt demgemäß reiner, d. h. freier von thatsächlichem Beiwerk, bei andern Erlöschungsgründen einer Forderung besonders bei der Novation, hervor.

Amtswegen zuzusprechen seien, ihren wesentlichen Unterschied von den selbstständigen Zinsen und nannte sie hiernach Officialzinsen. Nur machte man dabei doch vielfach einen Unterschied zwischen der Zeit vor der Litiscontestatio und derjenigen nach der Litiscontestatio. Während man von den Zinsen (also insbesondere den Proceßzinsen), sowie den Accessionen und Früchten nach der L. C. annahm, daß der Richter bei eigener Verantwortlichkeit ex officio hierauf zu erkennen habe, lehrte man von den Zinsen, Früchten und Accessionen aus der Zeit vor der L. C. (also insbesonders den Verzugszinsen), daß sie der Richter zwar, auch ungebeten, immer zusprechen dürfe, aber nur, wenn der Kläger die bekannte clausula salutaris gebraucht habe, darauf erkennen müsse.

In neuerer Zeit hat sich dagegen immer mehr die Ansicht Bahn gebrochen, daß der Richter, wie überhaupt Nichts, so auch insbesondere nicht Früchte, Zinsen und Accessionen und zwar ebensowenig diejenigen aus der Zeit nach der L. C., als diejenigen aus der Zeit vor ihr ungebeten zusprechen dürfe.[1])

Diese Ansicht ist in der That sowohl für das römische Recht aller Perioden als für das spätere und insbesondere das heutige gemeine Recht die allein richtige.

Was insbesondere zunächst das classische r. R. angeht, so würde eine Zuerkennung ultra petitum actionis, wie sie in der Zusprechung von ungebetenen Zinsen oder Accessorien

---

[1]) Daß die Accessorien aus der Zeit vor der L. C. nicht ungebeten zuzusprechen sind, ist jetzt allgemein anerkannt (cf. jedoch nach Savigny, Syst. VI., 452). Dagegen herrscht noch keine so übereinstimmende Ansicht für die Accessorien aus der Zeit nach der L. C. — Ueber die Literatur der Controverse cf. statt aller Anderer Wetzel, Civilpr. §. 43, N. 35. Die Ausführungen von Heffter (ibi citt.) sind besonders hervorzuheben. — Der Stand der älteren Theorien mit ihren vielen Distinktionen und in ihrer ganzen unklaren Verquickung heterogener Rechtsprincipien ist am besten ersichtlich aus der Dissertation von Bellmann, de effectu sententiae ad ommissa in restitutione fructuum, expensarum et usurarum 1755 §. 19—23.

liegen würde, im Widerspruche mit den sämmtlichen übrigen Principien dieses Rechts stehen.[2]) Denn wenn auch die Verhandlungsmaxime[3]) ihre feinere Ausbildung erst der italienischen Doctrin und Praxis des Mittelalters verdankt, so fehlt es doch auch nicht an Stellen der römischen Rechtsquellen, welche diese Maxime als Grundprincip des Proceßverfahrens wenigstens andeuten.[4]) Der specielle Grundsatz, daß der Richter nicht auf mehr zu erkennen habe, als der Kläger bitte, ist sogar von Javolenus, einem Juristen der classischen Zeit, in der als l. 18 D. de com. div. in die Justinianische Gesetzsammlung aufgenommenen Stelle, — also gerade bei einer Materie, bei welcher eine Ueberschreitung der Verhandlungsmaxime am nächsten liegt — sehr klar und bestimmt ausgesprochen in den Worten:

quod ultra id, quod in judicium deductum est, potestas judicis excedere non potest.

Wenn man trotzdem die entgegengesetzte Ansicht aufgestellt hat, so beruht dies auf dem Mißverständniß einer Reihe von Gesetzesstellen, in welchen allerding das Gegentheil gesagt zu sein scheint.

Hierher gehören besonders jene schon oben erwähnten Stellen, in welchen von den Zinsen und Früchten gesagt ist, daß sie „non sunt in obligatione sed officio judis debentur.“ Der Sinn jener Worte und insbesondere des officio judicis

---

[2]) Eine solche obervormundschaftliche Fürsorge des Richters hätte etwa dem Inquisitionsprocesse des wohlwollenden Absolutismus' des 17. und 18. Jahrhunderts, aber nimmermehr dem römischen Rechte entsprechen können, dessen Grundgedanke die rücksichtslose Durchführung der privatrechtlichen Willensfreiheit ist, mag sie nun zum Nutzen oder zum Schaden des Berechtigten ausschlagen. cf. auch l. 24 D. quae in fraudem etc. etc.: jus civile vigilantibus scriptum est und Gellius noct Attic. XIV., 2: hoc enim patrocinari potius est quam judicare.

[3]) Der Name stammt bekanntlich erst von Gönner.

[4]) l. 68 D. dn jud., l. 4 §. 8. D. de domn. infect., N. Or. 112, cap. 3.

deberi für das klassische Recht ist indessen bereits oben entwickelt worden. Dieselben bedeuteten aber durchaus nicht, daß der Richter auch ungebeten solche Zinsen oder Früchte xc. xc. zusprechen dürfe. Man vergegenwärtige sich nur den Proceß der klassischen Zeit! Der Rechtsstreit wurde bekanntlich damals nicht, wie im späteren und heutigen Processe mit einer Klageschrift eröffnet, welche wie heut' zu Tage ein ganz genau bestimmtes Petitum enthielt, sondern die mündlichen Partheivorträge wurden von dem Prätor nur in ihren juristischen Umrissen formulirt und nach feststehendem Formulare in die formula redigirt, welche die Partheivorträge auch nur in den allgemeinen Umrissen beschrieb. In denjenigen Fällen nun, in welchen nach römischem Rechte überhaupt Accessionen gefordert werden konnten, also bei condict. incerti i. w. S. oder bei restitutorischen und exhibitorischen Klagen lag schon in der Fassung der formula die Bitte des Klägers und dementsprechend die Anweisung des Prätors an den Richter ausgedrückt, auch über die Früchte und Zinsen zu erkennen. Insbesondere lag dies bei den incerti condictiones in dem stehenden Ausdrucke der Formel „quidquid dare facere oportet, condemna", und bei den auf restituere oder exhibere gerichteten Klagen, besonders bei den dinglichen Klagen, in dem Ausdrucke der condemnatio: „quanti ea res est, condemna", denn unter dieser letzteren Formel wurde allmählig ebenfalls die omnis caussa des Anspruchs mitbegriffen.[5])

Die in der formla niedergelegten Anträge der Partheien waren nun selbstverständlich als von diesen selbst aufgestellt anzusehen, und indem nun die Richter auf Grund dieser allgemeinen Formel über Verzugszinsen, Proceßzinsen, Früchte xc. xc. erkannte, ging er also nicht über die Anträge der Partheien hinaus, sondern entsprach diesen lediglich.[6]) Die Besonder-

[5]) cf. besonders die erste Beilage zum V. Bde. von Savigny's System. Die l. 22. D. de V. S. sagt ausdrücklich: restituere est . . possessorem facere et fructus reddere.

[6]) Es war damit selbstverständlich nicht ausgeschlossen, sondern lag in der Natur der Sache, daß jede Parthei auch in dem Verfahren vor

heit des klassischen Processes lag also nicht darin, daß der Richter hier etwa ungebeten etwas zugesprochen hätte, sondern vielmehr darin, daß der Kläger schon durch den Gebrauch der regelmäßigen Klagformel die Accessorien mitforderte, so daß also hier nicht eine besondere specielle Forderung derselben nöthig war, sondern dieselben im Gegentheil in der Klage besonders ausgenommen werden mußten, wenn sie nicht als eingeklagt gelten sollten.[7])

Man hat sich ferner auf einige andere Stellen aus den Schriften der römischen Juristen berufen, welche beweisen sollen, daß wenigstens die Accessorien (Früchte und Zinsen) aus der Zeit nach der L. C. von Amtswegen zuzuerkennen gewesen. Es sind dies besonders folgende drei Stellen:

1) die l. 10 D. de usur. von Paulus.

Paulus sagt hier, daß bei einer siegreichen Vindication einer Sclavin der Beklagte immer auch das nach der L. C. geborene Sclavenkind herausgeben müsse, das vor der L. C. geborene aber nur dann, wenn der Kläger „specialiter pro hoc egisset“, d. h. wenn er einen besonderen Klageantrag deshalb gestellt hätte. Es wird aber hierdurch offenbar nicht gesagt, daß der partus post L. C. editus auch ungebeten zuzuerkennen sei. Der logische Gegensatz des specialiter agere ist nicht das Nicht-Bitten, sondern das nicht specielle Bitten. In Wahrheit liegt aber die Bitte wegen des partus post L. C. editus in der allgemeinen Formel: quanti ea res est. Die l. 10 cit. enthält also keine Spur von jener angeblichen Zuerkennung ex officio; sie ist aber andererseits eine interessante

---

dem judex ihre Ansprüche nochmals möglichst deutlich auseinandersetzte, auch gewiß ihre accessorischen Ansprüche dabei regelmäßig möglichst specialisirte. Besonders erschien dies nöthig, wenn es sich um Accessionen aus der Zeit vor der L. C. oder um sonstige durch den Proceß an sich nicht aufgeklärte Accessionen handelte.

[7]) Es geschah dies durch die sog. praescriptiones pro actore, worüber noch weiter unten.

Belegstelle für die allmählige Ausbildung des Begriffes des „quanti ea res est“ von der bloß wörtlichen Auslegung der Herausgabe des Werthes der körperlichen Hauptsache bis zu der umfassenden Auffassung der l. 17 §. 1. de R. V. von Ulpian.

2) die l. 25 §. 8 de Aed. Ed.

Diese Stelle, deren Interpretation uns im Uebrigen zu weit führen würde, erklärt sich in Bezug auf unsere Frage gerade so wie die vorige. Der Gegensatz des „nisi ei fuerint nominatim injuncta“ ist auch hier nicht das Nichtbitten, sondern das nicht specielle Bitten.

3) die l. 35 §. 1 D. de R. V. (6, 1)

Diese Stelle, welche übrigens nur von natürlichen Früchten, nicht von Zinsen spricht, ist von jeher als besondere Beweisstelle für die von uns bekämpfte Ansicht betont und dabei auch in anderer Richtung sehr mißverstanden worden. Insbesondere hat man aus ihr den Satz ableiten wollen, daß ein den Beklagten zur Herausgabe einer Sache verurtheilendes Erkenntniß auch dann, wenn es die Früchte *nicht* erwähne, dieselben doch stillschweigend zuspreche. Die Stelle enthält aber von allem dem kein Wort, sondern ist ganz anders zu erklären. cf. Anhang [8]).

Wie sonach jener angebliche Grundsatz der Zuerkennung ex officio dem klassischen röm. Rechte fremd war, so blieb er es auch der späteren Zeit. Man hat sich zwar auf mehrere kaiserliche Constitutionen berufen, welche jene Maxime enthalten sollen; allein bei näherem Zusehen ergibt sich leicht, daß jene Verordnungen nichts weniger als einen derartigen Grundsatz statuiren. Daß zunächst die hier oft angeführte l. ult. C. de appell. gar nicht hierher gehört, bedarf wohl keiner Ausführung. Aber auch die Bestimmung Diocletians in tit. C. ut quae desunt advocat., in welcher nach Bell-

---

8) Die Erklärung würde hier zu weit abführen.

mann[9]) jene alte in l. 18 D. de com. divid. ausgedrückte Regel aufgehoben sein soll, enthält offenbar nur eine Ordnungsvorschrift für die Instruction der Processe im mündlichen Verfahren; es wurde nämlich hier dem Richter die Erlaubniß, sowie gar die Vorschrift gegeben, bei der Aufnahme von Anträgen der Parteien und Advocaten dieselben nach seiner eigenen Rechtskenntniß zu ergänzen, d. h. die Parteien zu einer besseren Formulirung oder geeigneten Ausdehnung ihrer Anträge zu bestimmen. Endlich sind die Vorschriften, welche Zeno über die Behandlung der minus petitio gab[10]), nur von nachträglichen Verbesserungen und Erweiterungen Seitens des Klägers zu verstehen[11]), führten aber durchaus nicht den Grundsatz der Zuerkennung ex officio ein, welcher ja denn auch über das Zuerkennen von Accessorien weit hinausgehen und jedes Dispositionsrecht der Parteien aufheben würde.

Justinian hat in seiner Gesetzsammlung nirgends den Grundsatz neu eingeführt, daß Accessorien ex officio zuzusprechen seien. Zwar sind in derselben auch jene obenangeführten Stellen aufgenommen worden, welche von dem officium judicis des klassischen Processes sprechen und deshalb zu dem Justinianischen Rechte nicht mehr recht passen. Allein jene Stellen haben neben ihrer processualischen auch eine materielle Bedeutung oder können wenigstens im Sinne des Justinianischen Rechtes eine verständige materielle Bedeutung haben. Es ist deshalb auch anzunehmen, daß sie nur in diesem Sinne von Justinian aufgenommen worden sind, wobei allerdings auch einige Nachlässigkeit der Compi-

---

[9]) in der oben citirten Abhandlung §. 21.

[10]) l. 1 §. 3, l. 2 §. 1 C. de plus pet. §. 33 J. dn action.

[11]) Buchka, Einfluß des Processes 2c. 2c., Bd. II., am Anfange. — Jene Grundsätze haben für das heutige Proceßrecht keine Geltung mehr.

latoren mitgespielt haben mag. Denn die Annahme, daß Justinian durch die Aufnahme jener Stellen das von uns bekämpfte Princip neu eingeführt habe, scheitert nicht nur an der Unmöglichkeit, aus diesen wenigen, nur historisch zu verstehenden Stellen ein solches Princip überhaupt dogmatisch abzuleiten, und an der Unwahrscheinlichkeit, daß Justinian auf einem so undeutlichen und gleichsam heimlichen Wege eine so wichtige Aenderung eingeführt habe, sondern wird auch aufs entschiedendste durch die Thatsache widerlegt, daß Justinian alle oben genannten Stellen, welche das entgegengesetzte Princip der Verhandlungsmaxime aussprechen, insbesondere die l. 18 D. de com. div. seiner Gesetzsammlung ebenfalls einverleibt hat.

Es ist deshalb nach röm. Rechte aller Perioden daran festzuhalten, daß ungebeten — ex officio in diesem Sinn — niemals Accessionen irgendwelcher Art, insbesondere auch keine accessorischen Zinsen, zugesprochen werden dürfen. Noch mehr muß dies aber von unserem heutigen gemeinen Processe gelten. Denn sowohl durch die italienische Doctrin, als durch die spätere Praxis, sowie auch durch die Proceßgesetze des deutschen Reiches ist die Verhandlungsmaxime ein so fest gewurzeltes, ausnahmsloses Grundprincip des Processes geworden, daß selbst dann, wenn das röm. R. wirklich andere Bestimmungen enthielte, diese als durch jenen Grundsatz aufgehoben angesehen werden müßten. Die früher herrschende abweichende Ansicht ist denn auch, wie bereits bemerkt, heut zu Tage im Großen und Ganzen überwunden. Jedoch hat sie sich in einigen Territorien als Gewohnheitsrecht (Gerichtsgebrauch) zu erhalten gewußt.[12]

---

[12]) So in Kurhessen. cf. Seufferts Archiv X, 296 und die zahlreichen Nachweisungen in Pfeiffers Prakt. Erörter. — Ob ein solcher Gerichtsgebrauch als wirkliches Gewohnheitsrecht zu betrachten und demgemäß zu conserviren ist?

III. Behandlung des eigentlichen Themas.

Vorbemerkung.

§. 6.

Nachdem wir das Nothwendige aus der Lehre von den Zinsen vorausgeschickt haben, kehren wir zu unserem eigentlichen Thema zurück.

Der Einfluß eines Erkenntnisses des im Thema beschriebenen Inhaltes auf die Zinsforderung ist nach zwei Richtungen denkbar:

1) nach der Vergangenheit und
2) nach der Zukunft.

In ersterer Richtung handelt es sich darum, ob die bereits entstandene Zinsforderung aus der Zeit vor dem Urtheil durch dieses letztere in ihrem Bestande irgendwie angegriffen wird. Insbesondere tritt zunächst die Frage auf, ob die Zinsen aus der Zeit vor dem Urtheil noch nachträglich eingeklagt werden können. Müssen wir diese Frage überhaupt oder in bestimmten Fällen verneinen, so wird sich die weitere Frage anreihen, ob die sonach nicht mehr klagbare Zinsforderung wenigstens als naturale Forderung und bejahenden Falles, in welchem Umfange sie als solche fortbesteht.

In zweiter Richtung ist zunächst festzustellen, ob mit jenem Urtheile die ursprüngliche Zinsforderung quantitativ abgeschlossen wird, d. h. also, ob mit dem Urtheile der Zinsenlauf der ursprünglichen Zinsforderung aufhört. Die Beantwortung dieser Frage wird vor Allem von der Entscheidung der Vorfrage abhängen, ob mit dem Urtheile über eine Hauptforderung diese selbst erlischt; denn mit dem Erlöschen der Hauptforderung hört allerdings der Zinsenlauf auf (cf. §. 2, Nr. 4). Würde diese letztere und mit ihr jene erstere Frage zu verneinen sein, so kehrt auch hier die Frage wieder, ob der nach dem Urtheil noch erwachsende

Theil der Zinsforderung noch besonders eingeklagt werden kann, und ob er, wenn dies zu verneinen wäre, wenigstens noch als Naturalforderung wirksam bleibt. Schließlich gibt unser positives Recht noch Veranlassung zu einer weiteren ausführlicheren Untersuchung darüber, ob aus einem Urtheile des im Thema gesetzten Inhaltes eine neue Zinsforderung entspringt, in welchem Umfange und mit welchen Beschränkungen dies der Fall ist, und welche Reflexwirkungen diese neue Zinsforderung und die über sie geltenden Grundsätze auf die ursprüngliche Zinsforderung haben müssen.

Alle diese Fragen gehören mit vielleicht nur einer einzigen Ausnahme (§. 7) zu den bestrittensten des gemeinen Rechtes: es herrscht nicht nur über die Resultate Streit, sondern auch die in den schließlichen Resultaten Uebereinstimmenden weichen in der Begründung derselben in der mannigfaltigsten und oft gegensätzlichsten Weise von einander ab.

Dabei werden, wie von vornherein zu erwarten, alle jene Fragen sehr verschieden beantwortet und sind auch zum Theil sehr verschieden zu beantworten, je nachdem es sich um vorbedungene (also selbstständige) oder Verzugs- (also accessorische) Zinsen handelt und je nachdem Zinsen miteingeklagt oder nicht miteingeklagt waren.

Um die vielen Gesichtspunkte, welche hiernach bei der Lösung der Aufgabe in der That zu beachten sind, sowie die vielen andern, welche mit Unrecht von jeher dabei geltend gemacht wurden, gehörig zu sondern und unverwirrt zu halten, wird deshalb bei der ganzen Untersuchung ein sehr schrittweises und methodisches Verfahren doppelt angezeigt sein.

Eben deshalb sollen auch die Wirkungen auf die Zinsen aus der Zeit vor dem Urtheil und diejenigen auf die Zinsen aus der Zeit nach dem Urtheil in zwei Abschnitten getrennt von einander behandelt werden. [1])

[1]) Auch die früheren Behandlungen des vorliegenden Themas

Andererseits ist aber von vornherein darauf hinzuweisen, daß alle oben angeregten Fragen in mannigfacher Berührung mit einander stehen, ja vielfach rechtlich identisch sein müssen, und daß deshalb eine ganz genaue Absonderung derselben nicht überall durchführbar und sogar oft mit der Beantwortung der einen schon, direct oder indirect, auch diejenige der andern gegeben sein wird. Dies gilt insbesondere auch für das Verhältniß zwischen den Wirkungen nach der Vergangenheit und denjenigen nach der Zukunft.

Erster Abschnitt.

Wirkungen auf die Zinsen aus der Zeit vor dem Urtheile.

1) Bei vorbedungenen Zinsen, welche nicht mitgefordert waren.

§. 7.

Wir wenden uns zunächst zu dem einfachsten Falle, wenn Jemand, welchem neben der Capitalforderung auch eine Forderung an vorbedungenen Zinsen dieses Capitals zustand, nur die Capitalforderung einklagte. Wird hier vom Richter nicht gegen die elementaren Grundsätze der Verhandlungsmaxime und Actenmäßigkeit verstoßen, so kann der Beklagte auch nur zur Zahlung eines Capitals, nicht aber zu derjenigen der vorbedungenen Zinsen verurtheilt werden und wird dieser letzteren in dem Erkenntnisse überhaupt keiner Erwähnung geschehen.

Es ist nun zunächst klar, daß ein solches Urtheil auf die Forderung der bis zum Beginne des Processes abgelaufenen Zinsen von **keinem** Einflusse sein kann. Denn die Forderung an vorbedungenen Zinsen ist, wie in §§. 2 und 4 dargethan wurde, nur in ihrer **Entstehung** und **Aus**-

können aus diesem Grunde erst ziemlich am Schlusse der Abhandlung betrachtet werden, da erst alsdann alle hier von jeher zur Geltung gebrachten Gesichtspunkte ganz verständlich sind.

dehnung durch die Hauptforderung bedingt, im Uebrigen aber eine ganz selbstständige Forderung, welche neben der Hauptforderung als zweite, gleichberechtigte besteht. Ein materieller Einfluß des condemnatorischen Urtheils über die Hauptforderung auf diese Zinsforderung ist also nicht denkbar; über sie selbst ist aber nicht procedirt und nicht geurtheilt worden. Die Sache verhält sich also hier gerade so, wie wenn A gegen B eine Forderung auf 100 aus Darlehen und eine solche auf ein Pferd aus Kauf hat und nur auf das Pferd geklagt und ein obsiegliches Urtheil erwirkt hat; so wenig in diesem letzteren Fall das Urtheil über das Pferd von Einfluß auf die Forderung der 100 sein könnte, ebenso wenig in unserem obigem Falle das Urtheil über die Hauptforderung auf die Zinsforderung. Die Forderung der bis zum Beginn des Processes aufgelaufenen vorbedungenen Zinsen bleibt also unberührt als vollwirksame (civile) Obligation.

Dies ist denn auch fast unbestritten.[1])

Nicht so einfach liegt die Sache bezüglich der Zinsen aus der Zeit vom Beginn des Processes — d. h. von der *Litiscontestatio*, an welche sich ja regelmäßig die Wirkungen des Processes knüpfen — bis zur Erlassung des Urtheils. Diese während des Processes auflaufenden Zinsen sind zwar ebenfalls nur ein Theil derselben einen, selbstständigen, nicht eingeklagten Zinsforderung, zu welcher auch die vor dem Proceßbeginn abgelaufenen Zinsen gehören und es ist deshalb eine directe Wirkung des Urtheils auch auf diese Zinsen undenkbar. Wohl aber wäre denkbar eine mittelbare Wirkung des Proceßbeginnes über die Hauptforderung. Die Forderung an den vorbedungenen Zinsen

---

[1]) Die beweisenden Quellenstellen werden erst in anderem Zusammenhang aufgeführt werden können. — Ueber die Literatur cf. §. 18.

ist nämlich, wenn auch im Uebrigen selbstständiger Natur, doch insofern von der Hauptforderung abhängig, als sie zu ihrer Vergrößerung den Fortbestand der letzteren voraussetzt, mit dem Erlöschen derselben also ihren quantitativen Abschluß erreicht. Würde also die Hauptforderung durch den Beginn des Processes, d. h. durch die Litiscontestatio erlöschen, so könnten von nun an keine Zinsen mehr laufen. Es könnte deshalb scheinen, daß wir zur Entscheidung der angeregten Specialfrage schon hier die Controverse zu untersuchen hätten, welche unter dem Namen der Frage nach der novirenden Wirkung der Litiscontestatio eine so große Rolle in der romanistischen Literatur spielt. Bei näherem Zusehen fällt jedoch diese scheinbare Nothwendigkeit weg. Mag nämlich im Uebrigen jene novirende Wirkung bestanden haben oder nicht bestanden haben, bestehen oder nicht bestehen[2]): es steht jedenfalls für alle Perioden des Rechts positiv fest, daß der Zinsenlauf durch die Litiscontestatio nicht bedingt wird, sondern daß nicht bloß die vorbedungenen, sondern sogar die Verzugszinsen nach der L. C. und den ganzen Proceß hindurch weiter laufen. Lite contestata usurae currunt (l. 35 D. de usur.[3])

Als Resultat unserer Untersuchung ergibt sich also, daß das den Schuldner bloß zur Zahlung des Capitals verurtheilende Erkenntniß auf die nicht eingeklagten vorbedungenen Zinsen aus der Zeit vor dem Urtheile keinerlei Einfluß hat.

---

[2]) Wir werden unten noch ausführlicher auf diese Controverse zurückkommen müssen.

[3]) Dieser Satz ist denn auch heut zu Tage allgemein anerkannt, während er früher nicht unbestritten war. cf. Savigny, Syst. VI, 143, 157 ff. Wächter, Erört. III, 12, Keller, Litiscontestat. und Urtheil pag. 99, Wetzell §. 14, Windscheid, die actio pag. 55 ff.

2) Die übrigen Fälle.

§. 8.

A. Versuch der Lösung der Aufgabe aus dem Gesichtspunkte einer stillschweigenden Aberkennung.

Wir wenden uns nun zur Betrachtung der drei übrigen, noch möglichen Fälle, nämlich:

1) des Falles einer eingeklagten Forderung von vorbedungenen Zinsen,

2) des Falles einer nicht eingeklagten Forderung von Verzugszinsen,

3) des Falles einer eingeklagten Forderung von Verzugszinsen.

Diese drei Fälle sind leicht ersichtlich von sehr verschiedener Natur.

Im ersten Falle besteht kein materielles Band zwischen den beiden Forderungen, wohl aber das processualische, daß sie beide in demselben Proceß eingeklagt sind.

Im zweiten Falle fehlt das letztere Band, besteht aber der materielle Zusammenhang, in welchem die accessorische Zinsforderung zu der principalen Forderung als Nebenbestandtheil der letzteren steht.

Im letzten Falle treffen das processualische und das materielle Band zusammen.

Ferner ist im zweiten Falle das Schweigen des Erkenntnisses über die Zinsforderung in der Ordnung, da dieselbe nicht eingeklagt war, während in den beiden anderen Fällen dieses Schweigen etwas Ordnungswidriges ist.

Andererseits haben die drei Fälle aber auch wieder das Gemeinsame, daß in jedem von ihnen ein wenn auch verschiedener Zusammenhang zwischen Hauptforderung und Zinsforderung besteht. Sie werden deshalb auch passend zusammen behandelt werden.

Die Schwierigkeit liegt nun bei ihnen allen zunächst

offenbar darin, daß das Urtheil über die Zinsforderung überhaupt gar keine ausdrückliche Entscheidung trifft. Hätte es dieselbe zu- oder abgesprochen, so würden einfach die im Allgemeinen unbestrittenen Grundsätze eines zu- oder absprechenden Erkenntnisses auch hier zur Anwendung zu kommen haben.

Es liegt deshalb Nichts näher als die Frage, ob diese Fälle vielleicht dadurch unter den einen oder den anderen dieser beiden Gesichtspunkte zu bringen seien, daß man in ihnen eine stillschweigende An- oder Aberkennung der übergegangenen Zinsen annimmt. Man hat in der That diesen Weg betreten und es gilt also zunächst, die Richtigkeit desselben zu untersuchen.

Die Annahme einer stillschweigenden Zuerkennung solcher Zinsen ist zwar, soviel ich gefunden, niemals aufgestellt worden. In der That würde für eine solche Annahme Nichts, wohl aber die bestimmtesten Quellenstellen gegen sie sprechen.[1])

Dagegen ist von den Zeiten der Glosse herab bis auf unsere Tage der Gesichtspunkt der stillschweigenden Aberkennung für alle drei Fälle oder wenigstens einzelne derselben vertheidigt worden und insbesondere hat Savigny

---

[1]) Köchy, Meditationen rc. rc. (Leipzig 1795) behauptet mit Unrecht von Brunnemann, daß derselbe in seinem Commentare ad leg. 35 D. de R. V. (6, 1) diese Ansicht für die accessorischen Zinsen aufgestellt habe. Br. statuirt nur bei dem accessorischen Anspruch auf (natürliche) Früchte eine solche stillschweigende Zuerkennung auf Grund der fasch verstandenen l. 35 citt. (cf. Anhang), während er bei Verzugszinsen andere Grundsätze aufstellt und im Hinblick auf die Gesetze aufstellen mußte. cf. Brunnemann, Commentar, bei l. 4 C. depositi und l. 13 C. de usur und weiter unten in dieser Abhandlung. Br. hätte freilich schon aus den abweichenden Grundsätzen über die Verzugszinsen auch auf die Unrichtigkeit seiner für die Früchte aufgestellten Behauptungen schließen müssen.

(Syst. VI, 305 ff.), dem fast alle Neueren hierin beistimmen, denselben mit Nachdruck vertreten.[2])

Savigny geht bei seiner Beweisführung davon aus, daß jedes Urtheil den Verklagten entweder verurtheilen oder freisprechen müsse. Ein drittes sei logisch unmöglich. Insbesondere bildeten die sog. gemischten Urtheile nur eine scheinbare Ausnahme, denn bei denselben lägen in Wahrheit mehrere Urtheile vor, ein (oder mehrere) verurtheilendes und ein (oder mehrere) abweisendes. Nun sei aber bei den gemischten dieser letztere Theil, die Abweisung, eigentlich überflüssig; denn da nur Zuerkennung oder Abweisung möglich sei, so verstehe es sich von selbst, daß Alles, was der Richter nicht zuspreche, eben hierdurch abgewiesen sei. Man müsse deshalb den Satz aufstellen:

„Alles, was der Richter nicht zuspreche, obwohl es Gegenstand des Rechtsstreites geworden sei, und daher zugesprochen werden könnte, sei als abgesprochen anzusehen."

Aus dieser Regel sei denn insbesondere der praktisch wichtige Satz abzuleiten, daß das stillschweigende Uebergehen nicht bloß der erbetenen Zinsen, sondern überhaupt der omnis causa, besonders der Proceßkosten im Urtheile als Aberkennung derselben zu betrachten sei.

Die Unrichtigkeit jener fast von allen Neueren ohne Weiteres adoptirten Lehre dürfte indeß unschwer nachzuweisen sein.

Zunächst könnte selbst vom Standpunkte jener Theorie der stillschweigenden Aberkennung aus die letztere offenbar nur bei denjenigen Forderungen angenommen werden, welche überhaupt Gegenstand des Rechtsstreites geworden sind und

[2]) Unter den neueren Schriftstellern führe ich beispielsweise an: Arndts in der pag. 24 citt. Abhandlung, Windscheid, Pand. (etwas geschraubt), Wächter, Erörterungen III, 49, und sogar Wetzell, Civilproceß §. 46, Nr. 21, pag. 403. Dieselben bringen sämmtlich keine neuen Argumente vor.

die also der Richter überhaupt zu- oder absprechen konnte.[3]) Dies ist aber offenbar nicht der Fall bei denjenigen, auch accessorischen Zinsforderungen, welche überhaupt nicht eingeklagt waren.[4]) Die Folgerung Savigny's, daß die Uebergehung der **omnis causa** insbesondere der Verzugszinsen im Urtheile, immer als stillschweigende Aberkennung derselben zu gelten habe, wäre also selbst bei sonstiger Annahme der Theorie der stillschweigenden Aberkennung in dieser Allgemeinheit zurückzuweisen; vielmehr käme alsdann Alles lediglich darauf an, ob die Zinsen eingeklagt oder nicht eingeklagt waren und nur im ersteren Falle könnte jene Theorie überhaupt zur Anwendung kommen. Unser Thema könnte also jedenfalls nur für den ersten und letzten der obigen drei Fälle aus jenem Gesichtspunkte gelöst werden, während derselbe für den zweiten Fall unfruchtbar bleiben müßte. Diese Beschränkung der Anwendung jener Theorie ist denn auch von den oben als Anhängern Savigny's citirten Schriftstellern ziemlich allgemein anerkannt.

Die Theorie der stillschweigenden Aberkennung selbst ist aber zu verwerfen.

Die ganze Argumentation Savigny's — und sie ist das beste, was für jene Theorie vorgebracht werden kann und vorgebracht worden ist — beruht, so scheinbar sie im Uebrigen ist, lediglich auf einer, sogar recht unverhüllten, **petitio principii.**

Es ist nämlich allerdings ganz richtig, daß dann, wenn

---

[3]) „absolutio petitionem praesupponit" Brunemann, comment. ad. leg. 4 C. depos.

[4]) cf. §. 5 dieser Abhandlung. Savigny steht freilich noch auf dem Boden der alten Theorie, welche die Zuerkennung dieser Accessorien ex officio statuirt. Reyscher, Zeitschrift für deutsch. R. X, pag. 13, referirt in dieser Beziehung über Savigny's Ansichten nicht richtig (cf. VI, 452) und zeiht Savigny deshalb mit Unrecht der Inconsequenz.

ein Erkenntniß über einen Anspruch materiell entscheidet, logisch nur die Alternative zwischen Verurtheilung und Abweisung besteht, und die sog. gemischten Urtheile sind allerdings, wie Savigny treffend gezeigt hat, nur eine scheinbare Ausnahme, in Wahrheit aber eine Verbindung von mehreren theils ab-, theils zusprechenden Erkenntnissen. Dagegen ist aber andererseits nicht weniger richtig, daß ein Erkenntniß, welches seinem Inhalte nach ganz freigelassen ist, einen bestimmten Anspruch nicht blos zu- oder aberkennen, sondern ihn auch gar nicht berühren, d. h. gar keine Entscheidung über ihn treffen kann. Das Eigenthümliche des vorliegenden Falles besteht aber nun gerade darin, daß das Erkenntniß über den Zinsenanspruch keine ausdrückliche materielle Entscheidung trifft, und es war deshalb von Savigny erst zu beweisen, daß hier wirklich, wenn auch keine ausdrückliche, so doch eine stillschweigende materielle Entscheidung über den Zinsenanspruch getroffen sei. Hatte er diesen Beweis geführt, so konnte er alsdann freilich weiter schließen, daß logisch nur eine Verurtheilung oder Abweisung möglich und also bei dem, übrigens auch erst nachzuweisenden Nichtvorhandensein der ersteren, die letztere anzunehmen sei. Indem aber Savigny ohne Weiteres jene nur unter der gedachten, bestimmten Voraussetzung eintretende Alternative aufstellte, setzte er das, was erst noch zu beweisen war, willkürlich voraus. Seine ganze weitere Beweisführung fällt damit von selbst zusammen, wie denn auch in der That eine bloß natürliche Betrachtung ergibt, daß ein Erkenntniß nicht bloß verurtheilen oder absolviren, sondern auch — stillschweigen kann.

Die allgemeine Beweisführung Savigny's ist sonach unhaltbar. Noch weniger Beweis ist aber für jene Theorie der stillschweigenden Aberkennung in den Quellen zu finden. Die von Savigny allein geltend gemachten l. 4 C. depos., l. 13 C. de usur. und l. 3 C. de expens. (7, 51), schließen

allerdings die nachträgliche Forderung von im Urtheil übergangenen Zinsen und Proceßkosten aus, gründen aber, wie Savigny (VI, 452) selbst zugestehen muß, ihre Entscheidung durchaus nicht auf eine stillschweigende Aberkennung derselben. Vielmehr schließen die beiden ersteren, von Verzugszinsen handelnden Stellen, die Nachforderung derselben ganz allgemein und ohne Unterschied, ob sie eingeklagt oder nicht eingeklagt waren, sowie lediglich deshalb aus, weil es Verzugszinsen und keine selbstständigen Zinsen sind. Dies geht insbesondere aus der l. 4 C. deposit. sehr klar hervor. Jene beiden Stellen widerlegen also geradezu die Savigny'sche Aberkennungstheorie, und zwar nicht bloß durch ihre Motivirung (welche Savigny bloß auf das klassische Recht bezogen haben will), sondern auch durch ihre positive Entscheidung. Denn wäre eine solche Aberkennung anzunehmen, so könnte es, wie oben gezeigt, nur auf den Unterschied zwischen eingeklagten und nicht eingeklagten, aber sicherlich nicht auf den zwischen accessorischen und selbstständigen Zinsen ankommen. [5])

Auch abgesehen von dieser ausdrücklichen Widerlegung durch die Quellen müßte aber jene Ansicht schon deshalb als irrig zurückgewiesen werden, weil sie eben nicht erweislich ist; denn nach allgemeinen Rechtsprincipien wird die Vermuthung immer gegen die Annahme eines abweisenden Erkenntnisses und für den Fortbestand einer Forderung streiten. [6])

---

[5]) Man hat in den Quellen auch eine ausdrückliche Verwerfung jener Doctrin finden wollen, und zwar besonders in den l. 7 §. 1 D. de comp., l. 1 §. 4 D. (27, 4), l. 16 D. de except. rei jud., l. 1 C. (4, 32); cf. Holzschuher, Theorie und Casuistik II pag. 48. Diese Stellen, auf welche wir theilweise unten noch zurückkommen werden, sprechen aber gar nicht von der vorliegenden Streitfrage.

[6]) Gegen die Annahme einer stillschweigenden Aberkennung der im Urtheil übergangenen (auch eingeklagten) Ansprüche sprechen sich

B. Nothwendigkeit der Untersuchung des juristischen Verhältnisses zwischen dem rechtskräftigen Urtheile und den unterliegenden Rechtsverhältnissen.

§. 9.

So wenig also das im Thema gesetzte Erkenntniß den Zinsenanspruch stillschweigend zuspricht, ebensowenig spricht es ihn stillschweigend ab; d. h. mit anderen Worten: es liegt über den Zinsenanspruch selbst überhaupt keine Entscheidung vor.[1] Mit den einfachen praktischen Grundsätzen, welche über ein zusprechendes oder absprechendes Urtheil gelten, ist also nicht auszukommen. Der Versuch, die Frage aus dem Gesichtspunkte eines Verzichtes zu lösen, bedarf aber erst kaum einer ausführlichen Zurückweisung; denn es ist juristisch auch nicht im Entferntesten abzusehen, wie in der Nichteinklagung eines Anspruches oder auch in der Beruhigung bei einem, einen Anspruch nicht zuerkennenden Urtheile, ein, nach bekannten Rechtsgrundsätzen überhaupt niemals zu vermuthender Verzicht liegen soll.[2] Vielmehr

---

denn auch aus die sämmtlichen hier einschlagenden Entscheidungen in Seuffert's Archiv: I, 369; X, 297. — Dagegen ist — und dies gehört gewiß nicht zu den am wenigst seltsamen Erscheinungen unserer Literatur — die Savigny'sche Doctrin und Argumentation bis auf die neueste Zeit in der Theorie allgemein und, ich möchte fast sagen, kritiklos angenommen worden. Am auffallendsten ist es, daß auch Wetzel noch jene Ansicht ohne Weiteres adoptirt, obwohl er sie nach den von ihm über die exceptio rei judicat. aufgestellten Grundsätzen gar nicht mehr nöthig gehabt hätte, um die durch die l. 4 C. depos. und andere Stellen bezeugten Rechtssätze mit seinem Systeme in Einklang zu bringen. — Die Savigny'sche Ansicht wird bekämpft in der öfters citirten Abhandlung von Reyscher, welche übrigens die Hauptargumente, die gegen Savigny sprachen, nicht hervorhebt.

[1] Ebendeshalb hat, wenn Zinsen gefordert waren, jede Partei Grund zur Beschwerde gegen ein derartiges Erkenntniß.

[2] Der Gesichtspunkt des Verzichtes ist gleichwohl von jeher geltend gemacht worden.

können wir den Einfluß eines Erkenntnisses des im Thema vorausgesetzten Inhaltes auf die nach §. 8 noch zu betrachtenden Zinsforderungen nur dadurch bestimmen, daß wir das rechtliche Verhältniß, in welchem überhaupt ein Urtheil zu den unterliegenden Rechtsverhältnissen steht, in seinem eigentlichen Wesen ergründen und hieraus dann erst die praktischen Consequenzen für unsere Fälle ziehen.

Bei jedem Culturvolke wird sich sowohl im Interesse der Rechtssicherheit als der Auctorität der Gerichte das Bedürfniß geltend machen, nicht nur der zunächst liegenden Beschwerde des in seinem Rechte Verletzten durch Vollstreckung des dispositiven (condemnatorischen) Theiles des Erkenntnisses abzuhelfen, sondern auch dafür zu sorgen, daß nach Erlassung eines rechtskräftigen Erkenntnisses der zwischen den Parteien entschiedene Streit nicht wieder von Neuem angeregt und die einmal getroffene Entscheidung von ihnen nicht wieder von Neuem in Zweifel gezogen werden kann.[3])

Dieser letztere Zweck, der als solcher noch ein rein politischer ist, kann nun auf verschiedene juristische Weise erreicht und damit je nach Einschlagung dieses oder jenes Weges dem Einflusse des richterlichen Urtheils ein weiterer oder engerer Spielraum gegeben werden.

Insbesondere sind folgende zwei Auffassungen möglich:

Erstens: Man beschränkt sich auf das Verbot, daß ein Anspruch, über welchen bereits einmal geurtheilt ist, wieder von Neuem geltend gemacht werde. Stellt man dieses Verbot als Princip auf, so folgt daraus, daß die bloße

[3]) Es gilt mit anderen Worten, neben dem dispositiven Inhalt des Urtheils auch dessen Decisive zur Geltung zu bringen. cf. Savigny, Syst. VI, 257 ff., Unger, Oesterr. Privatr. II, 615 ff., Pfeifer im Archiv für civil. Pr. Bd. 37, 38. Becker, proceff. Conf. pag. 1, pag. 4. Ueber den Umfang der letzteren Wirkung des Erkenntnisses besteht aber die in der folgenden Darstellung zu schildernde große Meinungsverschiedenheit.

Thatsache, daß ein Erkenntniß über den Anspruch vorliegt, genügt, um die erneuerte Geltendmachung derselben auszuschließen. Dagegen ist von diesem Gesichtspunkte aus der Inhalt des Urtheils gleichgültig. Insbesondere muß hiernach ein condemnatorisches Urtheil ebensogut wie ein absolutorisches der wiederholten Anstellung der Klage im Wege stehen.

An eine solche Auffassung müssen zwar nicht, können sich aber leicht zwei andere Ideen anschließen. Einerseits kann man nämlich von hier aus auf den Gedanken kommen, daß der Anspruch, welcher dem richterlichen Urtheile unterzogen wird und der nachher nicht mehr geltend gemacht werden kann, ebendadurch untergehe, dagegen gleichzeitig an seine Stelle der Anspruch auf das trete, was der Richter zuspricht, und daß diese ganze Operation juristisch eine Novation darstelle. Andererseits könnte man mit Rücksicht darauf, daß ja nur das Dasein (nicht der Inhalt) des Urtheils entscheidend ist und jeder Proceß regelmäßig durch ein Urtheil ausgeht, geneigt sein, die Wirkungen des Urtheils schon an den Beginn des Processes, d. h. die Litis contestatio, anzuknüpfen und also die nochmalige Geltendmachung eines Anspruchs schon dann auszuschließen, wenn über denselben lis contestata ist.

Zweitens. Man kann zur Erreichung jenes proceßpolitischen Zweckes aber auch viel weiter gehen und ein viel weiter tragendes Princip aufstellen, nämlich das der Fiktion der Wahrheit. Hiernach käme es also nicht auf das Dasein, sondern auf den Inhalt des Urtheils an. Dieser würde zwischen den Parteien überall als formelle Wahrheit zu gelten haben und das rechtskräftige Urtheil würde also die Quelle formalen Rechtes zwischen den Parteien bilden.

Es ist leicht ersichtlich, wieviel weiter dieser letztere Standpunkt geht, als der erstere. Aus ihm folgt consequen-

ter Weise, daß nicht nur alle Entscheidungen über die vom Kläger oder auch vom Beklagten geltend gemachten Rechtsansprüche rechtskräftig werden, sondern auch alle Entscheidungen des Richters über sonstige, Seitens des Klägers oder des Bekagten zur Unterstützung ihrer Ansprüche geltend gemachten Rechtsbehauptungen, insbesondere auch über alle Präjudicial- und Incidentfragen, ja daß sogar die Entscheidungen über Thats- und Beweisfragen formelles Recht zwischen den Parteien bilden.[4]) Ja, es ergiebt sich als weitere unabweisliche Consequenz, daß man sich nicht nur durch eine Einrede oder Replik gegen Ansprüche oder Ausführungen irgend welcher Art vertheidigen kann, welche mit dem Inhalte des früheren Erkenntnisses im Widerspruche stehen, sondern daß man auch, — abgesehen von der Execution der Urtheilsdispositive — auf den übrigen (und zwar den ganzen übrigen) materiellen Inhalt des Erkenntnisses Ansprüche, insbesondere Klageansprüche gründen kann. Andererseits kann aber von diesem Staudpunkt aus, bei welchem lediglich der Inhalt des Erkenntnisses entscheidet, das bloße Dasein eines Urtheils über einen Anspruch dessen erneute Geltendmachung nicht ausschließen; erst dann, wenn sich dieser neue Anspruch in Widerspruch zu dem Inhalt des früheren Erkenntnisses setzen würde, müßte ihm die Einrede bez. Replik der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegenstehen.

Eine jede dieser beiden so verschiedenen Grundmaximen — welche man seit Keller und Savigny in nicht glücklicher Weise[5]) unter dem Gegensatze der negativen und positiven Wirkung des Urtheils einander gegenüberzustellen pflegt — hat man nun bekanntlich für das heutige Recht als die allein richtige und gültige vindiciren wollen.

---

[4]) Sog. Rechtskraft der objectiven Entscheidungsgründe.

[5]) cf. Windscheid, actio pag. 82, 110.

Sehen wir, ehe wir uns auf den Streit näher einlassen, zunächst zu, welche Bedeutung die Annahme der einen oder andern Theorie für unser Thema haben müßte und ob wir also zur Lösung des letzteren zwischen jenen Theorien überhaupt wählen müssen.

Nimmt man

1. an, daß der Inhalt des Urtheils entscheidend ist, (positive Funktion), daß also ein Anspruch dann, aber auch nur dann nicht mehr geltend gemacht werden kann, wenn er dem materiellen Inhalte des ersten Erkenntnisses widerstreitet, so kann ein Erkenntniß des im Thema beschriebenen Inhalts keine Einwirkung auf den Zinsanspruch aus der Zeit vor ihr ausüben. Und zwar gilt dies nicht nur von der selbstständigen, sondern auch von der accessorischen (Verzugs-) Zinsforderung. Eine stillschweigende Aberkennung ist in dem Urtheile nicht enthalten, die wiederholte Geltendmachung auch desselben Antrags — und die Erhebung des accessorischen Zinsanspruchs ist in der That nur die Erhebung des Hauptanspruchs — ist aber erlaubt, wenn sie, was hier offenbar der Fall ist, mit dem materiellen Inhalte des ersten Urtheils nicht im Widerspruche steht.

2. Ganz anders würde sich dagegen die Beantwortung unseres Themas gestalten müssen, wenn wir jene sog. negative Wirkung des Urtheils annähmen. Schließt die bloße Thatsache, daß über einen Anspruch ein Judicat vorliegt, also das bloße Dasein eines Erkenntnisses über den Anspruch die erneute Geltendmachung desselben aus, so kann also auch ein zugesprochener Anspruch nicht mehr (mit der ursprünglichen Klage) geltend gemacht werden. Die Forderung an Verzugszinsen ist aber, wie wir gesehen, nur ein Bestandtheil der Hauptforderung, ihre Geltendmachung ist also die Geltendmachung der Hauptforderung selbst. Da nun die letztere durch das rechtskräftige Urtheil ausgeschlossen ist, muß also auch die Geltendmachung des accessorischen Zins-

anspruches ausgeschlossen sein und es würde somit nur noch die Frage übrig bleiben, ob die Zinsforderung noch naturaliter fortbestehe.

Was aber die Forderung von vorbedungenen Zinsen anlangt, so liegt zwar über diese kein (wirkliches) Erkenntniß vor, und da für sie als selbstständige Forderung das Urtheil über die Hauptforderung keine Bedeutung hat, so kann ihr also die negative Wirkung des Urtheils in keinem Fall im Wege stehen. Ist aber auch nicht über sie judicirt, so ist doch über sie procedirt worden, und es kommt also jene schon oben angedeutete Frage ins Spiel, ob die negative Wirkung des Urtheils schon an den Proceßbeginn anzuknüpfen sei.

Wir sehen also, die Lösung unseres Themas ist durchaus abhängig davon, ob wir die eine oder die andere der beiden Grundanschauungen über das Verhältniß des Urtheils zu den unterliegenden Rechtsverhältnissen als richtig annehmen. Wir haben deshalb zuerst diese Grundfrage festzustellen. Bevor wir indeß an die Lösung dieser Frage herantreten, welche man gewöhnlich (nicht ganz genau) mit dem Namen der Lehre der Wirkungen der exceptio rei judicatae zu bezeichnen pflegt, wird zur Orientirung auf diesem in mancher Hinsicht schwierigen und sehr bestrittenen Gebiete passend eine Uebersicht der bestehenden Literatur vorausgeschickt werden.

C. Dogmengeschichtlicher Ueberblick über die Lehre von der exceptio rei judicatae.

§. 10.

Bekanntlich ist eine zufriedenstellende, wirklich wissenschaftliche Literatur über die obige Frage erst mit dem Aufblühen der historischen Schule und besonders seit der Auffindung der Institutionen des Gajus und der dadurch er

möglichten Einsicht in den römischen Civilproceß entstanden. Epochemachend war das Werk Keller's über Litiscontestation und Urtheil (1828), welches „für alle späteren Arbeiten Grundlage zugleich und Vorbild geworden ist."

Eine Uebersicht der früheren Literatur hat deshalb wenig wissenschaftliches Interesse. [1])

Ich erinnere nur daran, daß man zwar, als wäre dies selbstverständlich, und ohne sich der Bedeutung dieser Annahme recht bewußt zu werden, den Inhalt des Urtheils für maßgebend ansah, aber eben wegen der Unklarheit über die Tragweite dieses Princips bei den einzelnen Consequenzen desselben, wie Rechtskraft der objectiven Entscheidungsgründe, der Entscheidungen über Präjudicialfragen ꝛc. ꝛc. durchaus im Schwanken blieb. Daneben konnte man sich aber auch andererseits nicht des Gedankens erwehren, daß das Urtheil als solches, d. h. seinem bloßen Dasein nach, eine bestimmte endigende Kraft habe. Man fand diesen Gedanken in dem corpus juris viel zu oft ausgesprochen, als daß man ihn hätte übersehen können. Auf Grund hiervon, sowie einiger derartige Andeutungen enthaltender Stellen (z. B. der l. 29 de novat., l. 3 C de usur. rei jud.) statuirte man eine novatio necessaria der Klagansprüche, welche durch das Urtheil herbeigeführt werden solle. Diese Novation mußte man aber im Hinblick auf das — wenigstens theilweise unzweifelhafte — Fortbestehen der Accessorien wieder insofern einschränken, als sie nicht zum Vortheil, sondern nur zum Nachtheil des Besiegten gereichen solle. Hierfür berief man sich besonders auf die oftgenannte l. 16 D. de exc. rei jud. Dies Alles wurde nun zu einer meist sehr unklaren und

[1]) Eine sehr gründliche Dogmengeschichte gibt Ribbentrop in seiner Schrift „de necessaria quam vocant novatione". Hierauf sowie auf die Ausführungen von Buchka, II. 81 ff. und Planck, Mehrheit der Rechtsstreittigkeiten ꝛc. ꝛc. ist besonders zu verweisen.

wissenschaftlich wenig haltbaren Lehre vereinigt und allgemein lautende Gesetzesstellen, wie daß „res judicata pro veritate habetur," daß „judicio obligatio novatur," die l. 16 citt. u. a. m. wurden unkritisch und unhistorisch, je nach Bedarf, bald für diesen, bald für jenen Satz in Bezug genommen. [2])

Keller hat zuerst an Stelle dieser durchaus unwissenschaftlichen und unbrauchbaren dogmatischen Methode eine historische Untersuchung der ganzen Lehre unternommen und derselben dadurch eine ganz neue Basis gegeben.

Zwar hat Keller zunächst nur das klassische Recht zum Gegenstand seiner Untersuchungen gemacht, aber die Folgerungen für das heutige Recht lagen in seinen Ausführungen klar vorgezeichnet.

Diese Folgerungen haben denn hauptsächlich Wächter (Erörterungen zum röm. deutsch. und würtemberg. Privatr. III., p. 2 ff.) und Savigny (Syst. VI. Bd.) gezogen, während Ribbentrop in seinen verschiedenen einschlagenden Schriften [3]) den Keller'schen Ansichten schon im Einzelnen vorgearbeitet hatte.

Jene Keller-Wächter-Savigny'sche Theorie besteht nun wesentlich in Folgendem:

Sie statuirt für das klassische Recht, wie für den vorklassischen Legisaktionenproceß als wichtigstes und entscheidendes Institut die consumirende und novirende Wirkung der Litisconstetation. [4])

---

[2]) Ein sehr gutes Bild jener glücklicher Weise für immer überwundenen Methode gibt auch hier die schon öfters citirte Dissertation von Bellmann.

[3]) Hierher gehört besonders die vorzügliche Commentatio ad leg. 16, §. 5 de pignor. et l. 9, §. 1 de exc. rei judicat.

[4]) Der Begriff der L.-C. steht nach den Untersuchungen Keller's fest. Keller, L.-C. I. Abschnitt, Bekker, 96 ff. Sie ist der Endpunkt des Verfahrens in jure, ihr Wesen besteht in der defi-

Sowol im Legisaktionenprocesse als im Processe der klassischen Zeit werde nämlich durch die Litiscontestation die actio in judicium deducirt und consumirt, d. h. eine actio, welche einmal bis zur L. C. verfolgt sei, sei eben hiedurch vernichtet und könne deshalb nachher nicht mehr mit Erfolg angestellt werden. Und zwar soll diese Consumtion nach dem Legisactionenverfahren immer ipso jure eintreten durch das juristische Mittel der Novation. Die alte actio, bezw. obligatio, gehe unter und an ihre Stelle trete eine neue Obligation auf condemnari oportere. Ueber das Verhältniß dieser obligatio condemnari oportere zu der durch das Judicat entstehenden neuen Obligation judicatum facere oportere, sind die Anhänger jener Schule im Streit. Während nach Keller [5]) hier eine zweite Novation eintritt, nehmen Wächter [6]), Savigny [7]) und Andere nur eine einmalige Novation an; durch diese soll an die Stelle der ursprünglichen Obligation eine neue bedingte Obligation auf Geld [8]) gesetzt werden, welche durch das condemnatorische Urtheil purificirt werde. Im Formularprocesse trete aber diese direkte Wirkung im Wege der Novation nur noch unter gewissen Voraussetzungen ein, nämlich bei einer personalis actio mit formula in jus concepta, die in einem legitimum judicium [9]) verhandelt werde. In

———

nitiven Zusammenfassung der gegenseitigen Streitpunkte und ihre äußere Wirkung ist in der formula enthalten. Die L.-C. und mit ihr die Formel enthalten also gleichsam eine Vorentscheidung des Streites, ein bedingtes Urtheil. Keller, 77, 78; Planck pag. 4; Bekker 113—117.

[5]) Litiscontestation und Urtheil §. 8 ff., §. 94 ff.

[6]) Erörterungen III., 23

[7]) System VI., 58.

[8]) Bekanntlich galt im alten wie im klassischen Processe der Grundsatz, daß die condemnatio immer eine pecuniaria sein mußte.

[9]) Also innerhalb der römischen Bannmeile vor einem judex ro-

diesem beschränkten Kreise sei aber wie im Legisactionen-processe eine „wahre" (Keller pag. 96) Novation vorhanden, die alte Obligation werde durchaus zerstört und eine neue [8]) an ihre Stelle gesetzt. Jedoch unterscheide sie sich wieder dadurch von der eigentlichen (vertragsweisen) Novation, daß bei ihr die Accessorien der alten Obligation nicht untergingen, sondern zum Schutze und bezw. zur Ergänzung der neuen Obligation bestehen blieben, respective sich weiter vergrößerten. Dies gelte insbesondere von dem Pfandrecht und der Zinsobligation, handle es sich nun um vertragsmäßige (selbstständige) oder um Verzugs- (accessorische) Zinsen. [10]) Nur die Bürgschaftsobligation gehe aus dem ganz besonderen Grunde mit der Hauptobligation unter, weil die intentio beider Klagen identisch sei. In allen andern Fällen nun, die nicht zu jenem engen Kreise gehörten, wo also keine personalis actio mit formula in jus concepta sei (z. B. bei dinglichen und prätorischen Klagen), oder wenn der judex oder die Parteien nicht cives romani gewesen, oder wenn das judicium außerhalb der Bannmeile Roms stattgefunden, seien zwar die Wirkungen der Proceßconsumtion nicht direct auf dem Wege der ipso jure die Forderung zerstörenden Novation erzielt worden, aber **indirect** durch das Mittel der exceptio rei in judicium deductae. Die Wirkungen dieser indirecten Consumtion seien nämlich ganz dieselben, wie diejenigen der directen; der einzige Unterschied habe darin bestanden, daß die exceptio rei in jud. ded. in der Formel habe aufgenommen werden müssen, während die directe, ipso jure eingetretene Consumtion vom Richter selbstverständlich auch ohne ausdrückliche Anweisung der Formel habe berücksichtigt werden müssen. Wenn der frühere Rechts-

---

manus, zwischen römischen Bürgern als Parteien. **Keller**, p. 85 ff. Gaj. III., 180, 181., IV. 106—108.

[10]) **Keller**, 241.

streit indeß schon bis zum Urtheil gediehen gewesen sei, habe die exceptio rei in jud. ded. — ohne sachliche Aenderung — den Namen der exceptio rei judicatae angenommen. Der Grund der Consumtion liege aber immer und insbesondere auch im letzten Falle, lediglich in der vernichtenden Wirkung der Litisconstation, und es sei also einerlei gewesen, ob das Urtheil den Anspruch zugesprochen oder abgewiesen und ob es im letzteren Fall etwa nur wegen bilatorischer Einreden 2c. 2c. abgewiesen habe. [11]) Gegenstand der Consumtion sei aber nicht die formelle Klage, sondern „das zu Grunde liegende materielle Rechtsverhältniß in der modificirten Gestalt eines Klagerechts" [12]) und zwar werde der Umfang der Consumtion äußerlich regelmäßig durch die intentio bestimmt, so daß also (jedoch mit vielen Ausnahmen) das consumirt werde, was den Gegenstand der intentio ausmache.

Neben dieser von Keller sog. negativen Function der exceptio rei in jud. ded. bez. rei judicatae habe sich aber auch noch eine positive Function der exceptio rei judicatae entwickelt. Während nämlich die except. rei jud. in ihrer ersteren Function bloß das Dasein des Erkenntnisses betone, diene sie in ihrer letzteren Function dazu, den Inhalt des Urtheils zu verwirklichen und sei also hier als Organ des im röm. Rechte gleichfalls daneben ausgebildeten Principes thätig, daß die res judicata zwischen den Partcien pro veritate zu gelten habe.

Ueber das historische Verhältniß beider Functionen ist man dabei nicht einig. Während Keller ein gleichzeitiges

[11]) Ueber die einzelnen Folgesätze cf. z. B. Wächter l. c. pag. 21 ff.; cf. auch dort das Erforderliche über den nur unter großem Widerspruche durchgedrungenen Satz der Sabinianer, daß wenigstens omnia judicia absolutoria seien.

[12]) Keller, 241.

Bestehen bez. Entstehen der beiden Functionen anzunehmen scheint, folgt die allgemeine Ansicht den Ausführungen Savigny's, wonach zunächst nur die negative Function der Exception bestanden, aber dann — und dieser Grund der Entstehung der positiven Function wird auch von Keller behauptet — theils zur Beseitigung der Härten der negativen Function, theils um da zu ergänzen, wo die negative Function zum Schutze des Erkenntnisses unzureichend gewesen sei,[13]) sich die positive Function der Urtheilseinrede allmählig herausgebildet habe. Im klassischen Rechte hätten dann beide Functionen neben einander bestanden, jedoch so, daß die positive Function immer mehr Uebergewicht gewonnen habe.[14])

Diese von Keller für das klassische Recht aufgestellten Grundsätze haben dann Wächter und (nach ihm) Savigny für das Justinianeische Recht weiter entwickelt. Sie führen aus, daß im nach-klassischen Rechte die negative Function der L. C. und des Urtheils allmählig abgestorben und die positive Function des Urtheils verdrängt worden seien. Auf diese Weise seien denn die novirende und die mit dieser ja identische consumirende Wirkung der L. C. wie des Urtheils im späteren Rechte ganz weggefallen — „so wie dürres Laub abfalle, wenn das neue hervorwachse“[15]). Den letzten

[13]) Es wird hier regelmäßig der Fall hervorgehoben, wenn der in einem früheren Processe mit der Rei vindicatio oder einer anderen dinglichen Klage belangte und zur Herausgabe der Sache condemnirte Verklagte nach erfolgter Restitution an den Kläger gegen diesen nunmehr seinerseits als Kläger auftritt.

[14]) Hier werden gewöhnlich besonders die praescriptiones pro actore sowie die der exceptio reiijudicatae gegenüber mögliche replica „nisi secundum me judicatum est“ erwähnt.

[15]) Dies hat hauptsächlich Wächter mit großer Schärfe ausgeführt. Savigny hatte noch im V. Bd. seines Systems die Novation durch das Urtheil angenommen, adoptirte aber in seinem VI. Bd. ganz die Wächter'schen Ausführungen.

Rest des alten Institutes habe Justinian in der l. 28 C. de fidej. für Bürgen und Correalschuldner aufgehoben, nachdem er schon vorher die bekannten Vorschriften Zeno's über die plus petitio noch erweitert und bestätigt habe. Hiermit sei also schon im Justin. Rechte nur noch die positive Function des Urtheils übrig; die Aufnahme einer Anzahl von Stellen in das corpus juris, welche noch von der negativen Function handelten, beruhe lediglich auf einem Versehen der Compilatoren. Um so mehr gelte aber natürlich im heutigen Rechte nur jene positive Function, und die Rechtskraft des Urtheils stehe also heut zu Tage nur dann, aber dann auch immer im Wege, wenn der Inhalt des früheren Urtheils angegriffen, d. h. eine in demselben entschiedene Rechtsfrage nochmals in Frage gestellt werde. Dieses Princip ist denn am schärfsten und consequentesten von Savigny für das heutige Recht fruchtbar gemacht worden; derselbe hat hieraus die Rechtskraft der objectiven Entscheidungsgründe in einem Umfange gefolgert, daß er das von ihm selbst aufgestellte Princip, daß sich der Beklagte bloß zu defendiren habe, weit überschreitet und mit der Verhandlungsmaxime in bedenklichen Widerspruch geräth.[16])

Diese Savigny'sche Theorie ist indessen unstreitig die heut zu Tage in Theorie und Praxis herrschende.

Nachdem gegen sie jedoch schon von Pfeifer für das heutige Recht, von Buchka, Plank und Kierulff für das römische Recht gewichtige Bedenken erhoben worden waren, hat sich ihr gegenüber in neuester Zeit eine andere Theorie geltend gemacht, welche allmählig immer mehr Anhänger zu gewinnen scheint.

Dieselbe ist zuerst wissenschaftlich und umfassend von Bekker[17]) begründet worden. Wie Keller hat sich zwar

---

[16]) cf. Pfeiffer (aus Hamburg) in civil. Arch. Bd. 37, pag. 263, 268. Unger, Oesterr. Pro. II, 623. Wetzell, Civilpr. 48, 1.

auch Bekker zunächst nur auf die Untersuchung des klassischen Rechtes beschränkt; aber wie dort, lagen auch hier die Consequenzen für das practische Recht klar verzeichnet. In der That hat sich denn auf Grund dieses Werkes eine neue Schule gebildet, als deren bedeutendste Repräsentanten Dernburg, Brinz und Wetzell zu nennen sind, welchen sich in den meisten Punkten Unger und in vielen Beziehungen Windscheid angeschlossen hat.

Jene neuere Theorie tritt nun namentlich in zwei Richtungen der herrschenden Ansicht entgegen:

1. Bezüglich des juristischen Wesens der Proceßconsumtion.

Zwar nimmt auch die Bekker'sche Schule an, daß ein Klageanspruch, über welchen bereits geurtheilt worden, oder der (im kl. R.) auch nur bis zur L. C. verfolgt war, nicht mehr von Neuem geltend gemacht werden kann; aber sie construirt die Unmöglichkeit des erneuerten Vorbringens ganz anders als die herrschende Ansicht. Diese letztere bedient sich nämlich, wie wir oben gesehen, zur Entwickelung jener Proceßconsumtion des Mediums der Novation. Sie läßt durch die L. C. eine sog. necessaria novatio des Klageanspruchs eintreten und zieht dann die hieraus allerdings mit Nothwendigkeit folgende Consequenz, daß der, ja schon durch die Litiscontestation des ersten Processes untergegangene Anspruch nicht mehr geltend gemacht werden könne. Und auch da, wo die Litiscontestation nur per exceptionem wirksam wird, sind die alsdann auf sog. indirectem Wege eintretenden Folgerungen derselben nach der herrschenden An-

---

[17]) cf. über dieses Werk, das m. E. eines der werthvollsten Bücher der romanistischen Literatur ist, die sehr entgegengesetzten Recensionen von v. Helmolt in der Münchener krit. Ueberschau III, 105 ff. und von Dernburg in der Heidelberger krit. Zeitschrift II, 339 ff., sowie auch Windscheid, actio 83 ff., Brinz, Pand. §. 45 u. A. m.

sicht materiell von den Wirkungen der Novation nicht verschieden. Die Bekker'sche Schule verwirft dagegen jene ganze Novationsidee sowohl in formeller als in materieller Hinsicht und leitet die s. g. Proceßconsumtion, d. h. die Unmögligkeit der Geltendmachung eines bereits abgeurtheilten bez. in litem deducirten Anspruchs lediglich und unmittelbar aus dem uralten und niemals aufgegebenen Satze des Civilrechts her, daß „bis de eadem re ne sit actio." [18])

Nicht also deshalb, weil der Klageanspruch durch den ersten Proceß vernichtet worden wäre, sondern deshalb, weil über jeden Anspruch nur ein Proceß stattfinden soll, ist die zweite Klage verboten; „die exceptio rei judicatae ist nicht deshalb gegeben, weil schon einmal procedirt worden ist, sondern deshalb, weil nicht nochmals procedirt werden soll" (Brinz). Die Consequenz jener Lehre ist dann, daß man den eingeklagten Anspruch auch nach der L. C. (und nach dem Urtheil) in jeder anderen Hinsicht fortbestehen läßt, also jede Consumtion im eigentlichen Sinn, jede Vernichtung durch die L. C. aufgibt, und nur die nochmalige [19]) gericht-

---

[18]) cf. besonders Bekker, pag. 9 ff.

[19]) Diese Consequenz ist besonders scharf von Windscheid (actio 46. ff.) gezogen worden, der überhaupt in diesem sub 1 hervorgehobenem Punkte ganz auf der äußersten Linke der Bekker'schen Schule steht. cf. auch Brinz §. 46. Bekker selbst hat sich dagegen in seinem Buche trotz der entschiedenen Abfertigung der Novationstheorie noch nicht ganz von dem alten Gedanken des Unterganges des Anspruches durch den ersten Proceß losreißen können. Dies tritt besonders bei der Untersuchung der Frage hervor, ob die L. C. eine Naturalobligation zurücklasse, pag. 284 ff. cf. unten §. 14. — Wenn in der folgenden Darstellung in Uebereinstimmung mit dem herrschenden Gebrauche und weil es an einer anderen Bezeichnung fehlt, der Ausdruck „Consumtion" beibehalten ist, so soll damit selbstverständlich nur jene excludirende Wirkung der L. C. bez. des Urtheils bezeichnet, nicht aber die alte Novations- oder Untergangstheorie wieder eingeführt werden.

liche Geltendmachung desselben Anspruchs ausschließt. Einig sind endlich alle Vertreter dieser Schule in dem Hinweise darauf, daß nicht die Klage, auch nicht bloß der Klageanspruch (actio in materiellem Sinn), sondern die „res", d. h. der materielle Rechtsanspruch „consumirt", d. h. in seiner nochmaligen Geltendmachung ausgeschlossen werde.[20])

2. Der zweite für uns noch wichtigere Gegensatz der neuen Theorie zu der alten besteht darin, daß sie die von der letzteren aufgestellte zweite (positive) Function des Urtheils ganz leugnet. Sie erkennt nur die eine sub 1 geschilderte negative Function des Urtheils an, wonach also ein Anspruch, über den bereits geurtheilt ist, nicht mehr geltend gemacht werden kann. Es kommt nach ihr also nur auf das Dasein, nicht auf den Inhalt des Urtheils, nur auf die Identität des Rechtsanspruchs, nicht auf diejenige der Rechtsfrage an. Dies gilt gleichmäßig für das Justin. und heutige, wie für das klassische Recht und es hat sich nur das geändert, daß die Consumtion einerseits erst mit dem wirklichen Urtheile, nicht schon mit der L. C. eintritt,[21]) und daß sie andererseits ein definitives, den Anspruch actuell entscheidendes Urtheil voraussetzt.

Dies sind die über das Verhältniß des Urtheils zu den unterliegenden Rechtsverhältnissen bestehenden zwei Haupttheorien, wie sie sich in der Literatur entwickelt haben.[22])

---

[20]) Das Nähere, besonders über die Consumtion von Ansprüchen des Beklagten, siehe weiter unten.

[21]) So wenigstens die überwiegende Mehrzahl. A. A. Wetzell, Civilpr. §. 14.

[22]) Eine (wohl im Wesentlichen überwundene) Mittelmeinung nimmt auch für das heutige Recht beide Functionen als bestehend an. Zu dieser Richtung gehört übrigens nur scheinbar, bez. nur in sehr geringer Ausdehnung Unger, der in Wahrheit fast ganz auf Seiten der neuen Schule steht. Dagegen sind hierher zu zählen einige

Ich stehe nach gründlicher Prüfung nicht an, mich der zweiten Theorie anzuschließen. Der Beweis für die Richtigkeit derselben kann nach Lage der Sache freilich nur auf dem Wege einer eingehenderen historischen Untersuchung erbracht werden. Eine solche soll im Folgenden versucht werden. In Rücksicht auf die mir gesteckten Grenzen muß ich mich aber hierbei auf die Hervorhebung der wesentlicheren Punkte beschränken, während andererseits dem Zwecke der Abhandlung entsprechend bei der Darstellung jeder einzelnen historischen Periode zugleich die Consequenzen für die noch unerörterten Fragen unseres Themas zu ziehen sind. (Forts. folgt.)

ältere Schriftsteller, wie Vangerow in den 5 ersten Auflagen, Göschen u. A.

VIII.

Vom Klageübergang auf die Erben,
unter besonderer Berücksichtigung der Praxis des höchsten Tribunals in Darmstadt.

Von
W. Heinzerling.

---

§. 1.

Der nachstehende Aufsatz verdankt seine Entstehung zunächst einem Rechtsfall, welcher dem Verfasser vor einiger Zeit zu Gesicht kam und der sogleich hier mitgetheilt werden mag.

Das Stadtgericht Darmstadt hatte auf Scheidung der Ehe (wegen Sävitien) erkannt, das Hofgericht aber, unter Aufhebung dieser Ehescheidung, vorerst noch Verhandlung über einen Vortrag des beklagten Ehemanns angeordnet. Bevor in höchster Instanz entschieden war, ob das Urtheil erster Instanz wiederherzustellen sei, starb der Beklagte und es fragte sich, welcher Einfluß diesem Umstand auf den Proceß zu vindiciren sei. Beide Referenten des Oberappellationsgerichts waren der Ansicht, daß eine Entscheidung überhaupt nicht mehr stattfinden könne, da die Klage, welche auf Scheidung der Ehe vom Bande gehe, ihr Object verloren

habe. Die Ehe sei bereits geschieden, nach dem Petitum der Klage zu erkennen, sei jetzt nicht mehr möglich. Wo das Object wegfalle, sei auch die Klage an sich zu Ende. Die Frage, ob die Ehe zu scheiden sei, könne nicht mehr stattfinden, die aber, ob, wenn Beklagter noch lebte, die Ehe zu scheiden sein würde, sei eine alia quaestio. Die höhere Instanzlage begründe keinen Unterschied, der zweite und dritte Richter habe immer zu thun, was der erste Richter hätte thun sollen. Der Kostenpunkt folge der durch den Tod erledigten Hauptsache als accessorium. Sei in der Hauptsache nicht zu entscheiden, so sei auch die hier blos auf den Grund der Hauptsache mögliche Entscheidung wegen der Kosten dem Richter entrückt. Es sei constante Praxis, daß nicht blos der Proceßkosten wegen eine Oberappellation verfolgt werden könne und dagegen würde verstoßen werden, wenn blos die Frage, ob zu scheiden gewesen sein würde, zu jenem Behufe erörtert würde. Abgesehen hiervon folge das Bemerkte aus der Lehre von der Translation der Klagen auf und gegen die Erben. Die Ehescheidungsklage könne nicht gegen die Erben des Ehemannes übergehen, weil das Rechtsverhältniß in der Person des letzteren erlösche und deßhalb die Verfolgunn gegen dessen Erben an sich unmöglich sei. Die Doctrin stimme hiermit überein.

Thibaut Pand. §. 68 ff.

Mühlenbruch Pand. §. 610: „Auf den Nachfolger (Univ. succ.) geht das gesammte Rechtsverhältniß des Vorgängers über, soweit dasselbe nicht mit der Person erlöscht.“

Nach dieser Lehre finde somit die Translation der Klage selbst post litem contestatam dann nicht statt, wenn der Klaggrund in der Person des Erben erloschen sei. Daß in concreto dieser absolute Ausnahmsfall vorliege, werde nicht zweifelhaft sein, da die Ehescheidung, das Ziel der Klage, jetzt theils unmöglich geworden sei,

theils der Klaggrund — Ehe und darin begangene Sävition — in der Person der Erben aufgehört hätten. Man könne die Erben des Ehemannes nicht von dessen Frau scheiden, und finde hiernach ein passiver Klagübergang gar nicht statt, so falle auch eine Entscheidung über die blos als accessorium der Klage erscheinenden Kosten weg. Die l. 139 D. 50. 17 stehe nicht entgegen, weil nach der ganzen Lehre

l. 24. 208 D. 50. 16; l. 62 D. 50. 17; l. 68 D. eod. unter den actiones, quae morte pereuet, und welche gleichwohl durch die Litiscontestation erhalten werden sollen, solche verstanden würden, welche, wie z. B. die Mandatsklage, nach rite eröffnetem Processe möglicherweise ein Resultat habeu könnten. Wo aber eine Verfolgung gegen die Erben wegen gänzlichen Objectmangels an sich unmöglich sei, da könne auch nach Ansicht der l. 139 qu. eine passive Translation unmöglich stattfinde. —

So also die Referenten des höchsten Gerichts. Zu einer Entscheidung des Collegs selbst kann es jedoch nicht, da wegen eines in einem Vortrag niedergelegten Verzichtes auf die Oberappellation und respective die Fortsetzung des Processes die Rücksendung der Acten an die erste Instanz beschlossen wurde.[1])

Obgleich nun, wie eben bemerkt, die concrete Rechtsfrage, welchen Einfluß der Tod des Oberappellanten auf den Fortgang des Processes und beziehungsweise der Oberappellation zu gewähren war, nicht förmlich ausgetragen wurde, so interessirten doch die oben mitgetheilten Referate den Verfasser dieser Zeilen in hohem Grade. Es stiegen ihm nämlich erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit der darin vertretenen Auffassung auf und jemehr er diese verfolgte, umsomehr trat die Ueberzeugung bei ihm hervor,

[1]) Vgl. Rel. in S. Müller Ehefrau r. Darmstadt, Kl. gegen ihren Ehemann, Ehescheidung betr., vom Juni 1850.

daß nach den Gesetzen zu einem anderen Resultate zu kommen gewesen wäre.

§. 2.

Es ist nach den Gesetzen und nach der Doctrin[2]) keinem Zweifel unterworfen, daß bestimmte höchstpersönliche Klagen, insbesondere aus Familienverhältnissen — und zu diesen gehört unbedenklich eine Klage auf Ehetrennung — beim Tode des Beklagten auf die Erben nicht übergehen, sofern die Klagerhebung bis zum Tode des Beklagten unterlassen worden ist. Es liegt dies auch eigentlich so in der Natur der Sache, daß der Satz Jedem, der juristische Begriffe besitzt, kaum förmlich nachgewiesen zu werden brauchte. Wie sollte auch das an den Richter gestellte Ansinnen, eine Klage aufzunehmen, daß die klagende Witwe in der Lage gewesen wäre, gegen ihren jetzt verstorbenen Ehemann auf Ehescheidung anzutragen, und daß das Versäumte jetzt gegen den Erben nachgeholt werden solle, auf Erfolg rechnen können? Es fehlte hier ja völlig an dem Streitgegenstande, da der Hauptzweck der Scheidungsklage schon durch den Tod des einen Ehegatten herbeigeführt ist, ein etwaiger Nebenzweck, z. B. wegen auszusprechender Vermögensstrafen, aber als Accessorium das Schicksal der Hauptsache theilen muß. Insoweit ist also über den Klaguntergang nach dem Tode des Beklagten gar nicht zu streiten, und alle Motive der Referenten des höchsten Gerichts würden vollkommen zutreffen, wenn es sich um einen Fall der eben besprochenen Art handelte, oder selbst wenn die Lage mindestens so wäre, daß die Klägerin die Klage auf Ehescheidung zwar erhoben ge-

[2]) Vgl. Savigny, System Bd. 5 S. 204: Die Klagen aus Familienverhältnissen gehen auf den Erben des Beklagten ebensowenig, als auf die Erben des Klägers, über, weil das Rechtsverhältniß selbst zu dessen Schutze sie dienen, mit dem Vermögen, also auch mit dessen Uebergang auf Erben, keine Berührung hat.

habt hätte, es aber noch nicht zur Litiscontestation gekommen gewesen wäre. Denn der Fall, wo diese Litiscontestation noch nicht stattgefunden hat, steht demjenigen, wo noch gar nicht geklagt worden war, in der hier behandelten Richtung wesentlich gleich. In der That lag aber der concrete Proceß anders, denn dort war die Streitbefestigung lange geschehen, und nach Maßgabe der über dieses Institut und dessen Wirkung auf den Klageübergang geltenden Principien mußte der Uebergang des Processes auf die Erben des verstorbenen beklagten Ehemannes — passive — angenommen, folgeweise aber die Oberappellation entschieden und der Proceß, wenn auch nicht um die — durch den Tod bereits erfolgte — Scheidung der Ehe zu erreichen, wohl aber der Kosten und der etwa sonst sich an die Verurtheilung knüpfenden Consequenzen wegen, fortgesetzt und durchgeführt werden.

Dies sei hier in Kürze näher dargelegt.

§. 3.

Daß die stattgehabte Litiscontestation ausnahmslos den Uebergang aller Klagen ermittelt, ist vor Allem

1. vollkommen unzweideutig in den Gesetzen ausgesprochen. So besagen

l. 26 D. de oblig. et act. (44, 7):

omnes poenales actiones post litem inchoatum et ad heredes transeunt;

l. 58 eod.

Sciendum est, ex omnibus causis lites contestatas et in heredem similesque personas transire;

§. 1 J. de perp. et temp. (4, 12):

Poenales autem actiones . . . si ab ipsis principalibus personis fuerint contestatae, et heredibus dantur, et contra heredes transeunt;

l. un C. ex del. def. (4, 17):

Post litis contestationem eo, qui vim fecit vel concussionem intulit vel aliquid deliquit, defuncto, successores ejus in solidum, alioquin in quantum ad eos pervenit, conveniri, juris absolutissimi est, ne alieno scelere ditentur;

lauter Quellenzeugnisse, welche an Bestimmtheit nichts zu wünschen übrig lassen.

Ganz im Einklang hiermit stehen denn auch

2. die Ansichten der Rechtslehrer. Der hier in der fraglichen Materie als Autorität anerkannte

Keller, über Litiscontestation und Urtheil, §. 20

lehrt, daß „durch die Litiscontestation allen den Klagen, welche gar nicht oder nur in beschränktem Maße auf die Erben übergehen, der vollständige active und passive Uebergang gesichert" werde, ohne irgend eine Ausnahme zu erwähnen. In gleicher Weise bemerkt

Puchta, Pandecten §. 88 u. E.

daß die Ausnahmen von dem activen und passiven Uebergang der Klagen auf die Erben durch die Litiscontestation ganz allgemein aufgehoben werden, ebenso

Vangerow, Pandecten Bd. I. S. 244,

daß „die bisher dargestellten Ausnahmen wegfallen und die Klagen activ und passiv übergehen, wenn lis contestirt sei."

Savigny, System Bd. 6 S. 63

bemerkt:

„Unter den persönlichen Klagen finden sich viele, die nicht gegen die Erben des ursprünglichen Schuldners angestellt werden können. Für alle diese Klagen gilt die durchgreifende Regel, daß sie auf die Erben übergehen, wenn der Beklagte erst nach der Litiscontestation stirbt;"

und in Wahrheit ist unseres Wissens eine Differenz unter

den Rechtslehrern überhaupt gar nicht vorhanden,[3]) indem namentlich auch die von den allegirten

Thibaut, Pand. §. 68,

Mühlenbruch, Pand. §. 610

keineswegs eine hiervon abweichende Theorie aufstellen, sondern gerade die communis opinio bestätigen.

Es fällt auch

3. selbst abgesehen von dem Wortlaut der Gesetze und den Ansichten der Rechtslehrer in die Begriffe, daß, sobald eine Klage durch die Litiscontestation zu einem förmlich organisirten Processe geworden ist, sie den früher vielleicht vorhandenen höchst persönlichen Character abgestreift hat und zu einem wahren Vermögensobjecte geworden ist, wie denn z. B.

Savigny a. a. O. Bd. 6 S. 63, 64

ausdrücklich hervorhebt, daß der ausnahmslose Uebergang der Klagen nach der Litiscontestation die unmittelbare Folge der in der letzteren nach römischen Begriffen enthaltene contractlichen Obligation sei, durch welche diejenige Eigenschaft des ursprünglichen Rechtsverhältnisses absorbirt werde, in welcher die Unvererblichkeit begründet gewesen. Was zur Zeit der Römer aber galt, muß bei den großen Summen, welche man heutzutage auf Processe zu verwenden genöthigt ist, in deren Folge die Processe oft sogar zu großen Vermögensobjecten anzuschwellen pflegen, in der Gegenwart umsomehr gelten, und deßhalb durfte der concrete Proceß wegen angeblich nicht stattgehabten passiven Klagübergangs nicht einfach ruhen gelassen werden.

Gegenüber den hier in Kürze vorgetragenen Erwägungen können die von den Referenten des höchsten Gerichts her-

3) Vgl. z. B. auch noch Francke, Beiträge, I. Abth. Vom Uebergang der persönlichen Klagen auf die Erben des Schuldners, S. 1 2c.; Wening-Ingenheim, Lehrb. des gem. Civil-R. Bd. I. §. 32, Note a.

vorgehobenen Gründe, welche sämmtlich auf die ursprüngliche, höchstpersönliche Natur der in obigem Falle angestellten Scheidungsklage gestützt sind, in keiner Weise ins Gewicht fallen, und namentlich kann der Umstand, daß der Tod während schwebenden Rechtsmittels erfolgte, zu einem andern Resultat so wenig führen, als der Rechtssatz, daß blos der Proceßkosten halber nicht appellirt werden dürfe. Denn, sobald es fest steht, daß die stattgehabte Streitbefestigung den Uebergang auf die Erben vermittelt, kann jenem Umstand keine andere Wirkung, als daß der Wortlaut des Urtheils der höheren Instanz den inzwischen eingetretenen thatsächlichen Aenderungen anzupassen war, beigemessen werden, der letzterwähnte Satz aber hat bekanntlich nur die Bedeutung, daß eine Appellationsbeschwerde wegen der in dem angefochtenen Urtheil einer Partei zuerkannten Proceßkosten allein, das heißt ohne daß das Urtheil in der Materie des Rechtsstreits eine Beschwerde enthält, nicht verfolgt werden kann, und darf daher auf den hier vorliegenden Fall, wo einmal das Urtheil in der Materie selbst angefochten war, und sodann beim Liegenlassen des Processes nicht blos die auf das betreffende Urtheil bezüglichen Kosten, sondern sämmtliche Proceßkosten, soweit darüber nicht schon rechtskräftig entschieden war, in Frage standen, nicht angewendet werden.

§. 4.

Nachdem die bisherigen Ausführungen in ihren wesentlichen Theilen bereits niedergeschrieben waren, hat Verfasser in Erfahrung gebracht, daß das höchste Tribunal die soeben vertheidigten Grundsätze in einem anderen, dem obigen ganz ähnlichen Rechtsfall in der That in Anwendung gebracht, folglich nachmals selbst die in dem Eingangs erwähnten Falle von den Referenten vertheidigte Anschauung nicht gebilligt habe. Er hat sich durch Einsicht der betreffenden Relationen überzeugt, daß dies richtig steht, und die dortigen

Darlegungen sollen als weiterer Beleg für seine Auffassung hier eine Stelle finden. Der Fall aber war folgender:

Rentner von Humbracht in Gießen war von dem K. K. Kreiscommissär Damian von Humbracht wegen unbefugten Gebrauchs des Namens, Wappens und Siegels der adeligen Familie von Humbracht verklagt und es war dem Kläger Beweis auferlegt worden. Während die Sache in der Beweisinstanz schwebte und nachdem inzwischen der Großherzog von Hessen den Beklagten mit dem Namen „von Heimbrachts“ in den Adelstand erhoben hatte, starb der Beklagte mit Hinterlassung eines Sohnes, dessen Vormünder den Proceß aufnahmen und hierbei beantragten:

die Klage durch den Tod des ursprünglichen Beklagten in der Hauptsache für erledigt zu erklären.

Zur Begründung dieses Antrags war bemerkt, daß die Klage auf ein Delict gerichtet sei, welches der verstorbene Beklagte begangen haben solle, indem er sich des Namens und Wappens der Familie von Humbracht bedient habe. Eine solche Klage — meram vindictam spirans — gehe auf die Erben nur insoweit über, als sie durch das Delict ihres Erblassers bereichert seien. Von einer Bereicherung könne aber hier nicht die Rede sein; umsoweniger, als der jetzige Beklagte den Namen gar nicht führe, sich desselben nie bedient habe, sondern mit dem zufrieden sei, den er der Verleihung des Großherzogs verdanke. Diesen Ausführungen widersprach aber Kläger und die Sache kam schließlich in die höchste Instanz, woselbst der Referent, dem der Correferent und das Colleg beitraten, von folgenden Grundsätzen ausging:

Würde die Klage zuerst nach dem Tode des ursprünglichen Beklagten angestellt worden sein, so wäre sie für unzulässig zu halten. Die Handlungen, deren der Beklagte beschuldigt werde, bildeten etwas Unerlaubtes, ein wahres Delict und könnten nach seinem Tode nur dann noch klagend

verfolgt werden, wenn hiermit ein Vermögensanspruch verbunden wäre, indem dieser nach römischem Recht soweit gegen ihn verfolgt werden könnte, als er sich reicher befände, und nach canonischem Rechte im Ganzen schlechthin, soweit die Erbmasse reiche.

Thibaut, System des Pand. Rs. Aufl. IV. §. 68.

Ganz verschieden hiervon gestalte sich die Sache, da die Klage während des Lebens des Beklagten angestellt worden sei, derselbe sich hierauf eingelassen habe und dessen Tod zuerst nachher, nachdem der Proceß viele Jahre gedauert gehabt, erfolgt sei. Möge man nun als Wirkung der Einlassung eine novatio, oder einen Quasicontract erkennen, so sei es nach den Gesetzen außer Zweifel, daß nach der Einlassung alle Klagen, ausgenommen die Criminalklagen, selbst nach dem Tode des Beklagten rechtliche Wirkung behielten und auf dessen Erben passiv übergingen. Von den vielen hierfür sprechenden Gesetzen

l. ult. i. f. D. de fidejuss. tut. (27,7),

l. 26 l. 58 de obl. et act. (44,7),

l. 164 de reg. jur. (50, 17)

führe er nur

l. 139 pr. de reg jur.

wörtlich an:

Omnes actiones, quae morte aut tempore pereunt, semel inclusae judicio salvae permanent.

Der oben allegirte Thibaut sage a. a. O., nachdem er erst davon gehandelt, welche Klagen activ und passiv auf die Erben übergingen:

„Es können aber 3. alle Klagen, welche nach dem Obigen nicht activ und passiv auf die Erben übergehen, wenigstens dann von und wider die Erben angestellt werden, wenn sie vor dem Tode des Erblassers durch Klage und Einlassung rechtshängig geworden sind, doch

sind die Criminalklagen im Ganzen hinsichtlich der passiven Translation hiervon ausgenommen."

Auch sei dessen §. 1141 zu vergleichen, sowie

Mühlenbruch, Lehrb. d. Pand. Rs. Thl. I §. 144;
Baier, Vorträge S. 337;
Linde, Lehrb. des bürg. Proc. §. 206;
Martin, Lehrb. des bürg. Proc. §. 144;
Keller über Litiscontestation §. 15—29.

Nach diesen Grundsätzen müsse sich aber der Erbe des ursprünglichen Beklagten die Fortführung des Processes bis zu Ende, nicht blos wegen der Kosten, sondern auch wegen der Hauptsache gefallen lassen, und dies umsomehr, als er ohne alle Einwendung nach dem Tode seines Erblassrrs den Proceß reassumirt habe 2c.

Diese Auffassung unterstützte der Correferent durch weitere Bezugnahme auf

Savigny, System des heut. röm. Rs. Bd. 5 §. 211 230, Bd. 6 §. 262

und das Colleg concludirte einstimmig nach Antrag.[4])

---

[4]) Rel. in S. des K. K. österr. Kreiscommissärs Freiherrn von Humbracht in Wien, Kl. 2c. gegen Friedr. Wilh. Augustin, sich nennend von Humbracht, zu Gießen, Bekl. 2c., wegen unbefugten Gebrauchs des Namens, Wappens und Siegels der altadeligen Familie von Humbracht, zum Erk. v. 17. Juni 1865. Lit. H. Conv. 29 Rel. Nr. 4

B. Bemerkenswerthe Entscheidungen oberer Gerichte mit gedrängter Angabe der Entscheidungsgründe.

XIV. Aus der Spruchpraxis der Juristen-Facultät in Gießen.

Mitgetheilt vom Referenten, Herrn Professor Dr. Regelsberger, dermalen in Würzburg. (Fortsetzung v. S. 199.)

III.

Zur Lehre vom Eigenthumserwerb durch Specifikation. — Ergänzung einer unvollständigen Bescheinigung durch einen Notheid. — Notheid in Glaubensform. — Die Wahl zwischen den zwei Notheiden bestimmt sich nicht blos nach dem besseren Wissen einer Partei. — Die Behauptung, der gleichzeitige Kauf mehrerer Sachen bilde ein einheitliches Rechtsgeschäft, ist eine wahre Einrede.

Die Kläger lieferten den Beklagten auf Grund vorgängigen Vertrags eine Anzahl theils schmied-, theils gußeiserner Gegenstände zur Einrichtung einer Windmühle. Im Vertrag hatten sich die Kläger bis zur Bezahlung des Kaufpreises das Eigenthum an den von ihnen gelieferten Waaren vorbehalten. Als der Beklagte die Zahlung verweigerte, machten die Kläger von dem Vorbehalte Gebrauch und vindicirten die gelieferten Gegenstände unter alternativer Verbindung der Klage auf den Kaufpreis.

Nach verhandelter Sache war den Klägern auferlegt worden, zu bescheinigen: daß sie die vindicirten Sachen

vor der Ablieferung an den Beklagten auf Grund eines an sich zum Eigenthumserwerb geschickten Erwerbsgrunds besessen haben." Dieser Aufgabe suchten sich dieselben dadurch zu entledigen, daß sie für einen Theil der in Frage befindlichen Waaren Kauf und Tradition, für den andern Specification als Erwerbsgrund geltend machten und darauf ihre Beweisführung richteten. Es war nun insbesondere streitig, ob für den letzteren Eigenthumserwerb die Voraussetzungen vorlägen.

Hierüber verbreiten sich die Entscheidungsgründe der Fakultät in folgender Weise:

„Nach den heute noch in Geltung stehenden Grundsätzen des römischen Rechtes hat der Eigenthumserwerb durch Neugestaltung oder Specification zu wesentlichen Voraussetzungen:

1. Schaffung einer neuen Sache durch eine absichtlich hierauf gerichtete Thätigkeit.

2. Unmöglichkeit der Zurückführung der Sache in die frühere Gestalt.

Beide Erfordernisse stehen nicht für, sondern neben einander.

Weder knüpft sich die Nichtrückführbarkeit an die Herstellung einer Sache anderer Art (z. B. das Zusammengießen zweier Weine), noch ist die Specifikation an sich durch das Merkmal der Nichtrückführbarkeit bedingt. Nur der Eigenthumserwerb durch Specifikaton hängt davon ab, und auch dieser nicht, wenn das Ganze oder — was zwar nicht unbestritten — auch nur ein Theil des verwendeten Materials Eigenthum des Specifikanten war. Da der dem Beklagten auferlegte Reinigungseid in diesem Sinn normirt wurde, so kann eine genauere Besprechung der berührten Streitfrage nicht umgangen werden.

Es ist zuzugeben, daß der allein in Betracht kommende Schlußsatz des

§. 25 Just. de rer. div. 2. 1.

einer doppelten Auslegung fähig ist. Diejenige Auffassung, nach welcher das Erforderniß der Nichtrückführbarkeit auch für den Fall der Verwendung von eignem und fremden Stoff gelten soll, findet eine Stütze einmal in den gebrauchten Beispielen, welche sämmtlich nichtrückführbare Neugestaltungen enthalten; ferner in dem Mangel einer ausdrücklichen Hervorhebung, daß in dem zweiten Fall die unmittelbar vorher

geltend gemachte Beschränkung des Eigenthumserwerbs wegfallen soll. Auch kann nicht gesagt werden, daß nach dieser Auslegung der mit Quodsi partim beginnende Satz alle Bedeutung verliere. Es läßt sich recht wohl der Sinn denken, daß die im Früheren angenommene Entscheidung für den Eigenthumserwerb des Specifikanten um so mehr dann berechtigt sei, wenn beide Bestimmungsgründe, Arbeit und Stoffeigenthum, wenigstens theilweise zusammentreffen.

Gleichwohl überwiegen die Gründe für die gegentheilige Auslegung.

a) Die Schlußworte Quodsi partim etc. erwecken bei unbefangener Betrachtung viel mehr den Eindruck eines wirklichen Gegensatzes zu der vorhergehenden Vorschrift, als einer bloßen Bekräftigung.

b) Wird dieser Eindruck erheblich verstärkt durch die Umschreibung, welche Einer der Institutionenverfasser von der fraglichen Stelle gibt. In der Paraphrase zu §. 25 cit. sagt Theophilus: Es wäre unter den älteren römischen Juristen bestritten gewesen, wem bei der Herstellung einer Sache aus fremden Stoff das Eigenthum zuzusprechen sei. Drei Meinungen hätten Vertretung gefunden, wovon Kaiser Justinian diejenige angenommen, welche zwischen den beiden äußersten Ansichten vermittelt. Wie es aber zu halten — fährt er fort — wenn die Verarbeitung aus fremdem und aus eignem Stoff erfolgt sei, darüber habe nie eine Meinungsverschiedenheit bestanden, das Eigenthum falle hier dem Arbeiter zu.

Nach dieser Darstellung würde Justinian geradezu eine Neuerung gegenüber der älteren Jurisprudenz für unsern Fall eingeführt haben, wenn von ihm das Erforderniß der Nichtrückführbarkeit darauf erstreckt worden wäre. Das ist mit dem sonstigen Standpunkt des kaiserlichen Gesetzgebers in dieser Lehre nicht vereinbar.

c) die Beschaffenheit der angeführten Beispiele bildet keinen entscheidenden Gegengrund. Sie sollen im Sinn der Institutionenverfasser nur Anwendungen für die Verarbeitung von eignem und fremdem Stoff geben ohne alle weitere Beziehung. Freilich würde eine sorgfältigere Redaction nicht ausschließlich Fälle gewählt haben, welche das Merkmal der Nichtrückführbarkeit an sich tragen und dadurch zum Mißver-

ständniß der Stelle Anlaß geben. Wahrscheinlich wurden die Beispiele aus dem Werke eines älteren Juristen, wo sie in einem minder bedenklichen Zusammenhang standen, ohne Kritik herüber genommen.

d) Wenn sich aber auch die Gründe für beide Meinungen die Waage hielten, so müßten wir uns unbedingt für diejenige Ansicht entscheiden, welche das Erforderniß der Nichtrückführbarkeit auf einen engeren Geltungskreis eingrenzt, da dasselbe ein gesundes gesetzgeberisches Motiv nicht in sich schließt.

L. 19. D. de legib. 1, 3.

Es gewinnt auch die hier vertretene Entscheidung in der neueren Zeit mehr und mehr Anhänger:

Keller, Pandekten §. 142, Ziffer 2.

Fitting, im Archiv für civilistische Praxis. Band 48, Seite 316 ff.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 2. Aufl. Band I. §. 187, Note 4.

Für den Begriff der Neugestaltung schließt sich das positive Recht an die Anschauung des Verkehrs an. Danach ist zu beurtheilen, ob durch absichtliche menschliche Thätigkeit eine Sache anderer Art hergestellt worden ist, welche den Character eines wahren Arbeitserzeugnisses an sich trägt.

L. 5. §. 1. de rei vind. 6, 1.
suam speciem pristinam non continet.

L. 7. §. 7 i. f. de adquir. rer. dom. 41, 1:
. . . novam speciem facit.

L. 7. §. 8. eod. . . . novi corporis . . . species.

Es kann nun keinem Zweifel unterliegen, daß die durch Gießen und Schmieden gewonnenen Räder, Zapfen, Hauen, Ringe u. s. w. einer andern Waarengattung angehören als das rohe Eisen, woraus sie gefertigt sind, und daß sie sich als wirkliche Arbeitserzeugnisse darstellen. Das Erforderniß der Neuschaffung ist somit im vorliegenden Fall gegeben.

Sobald den erzeugten Waaren die Eigenschaft der Nichtrückführbarkeit anhaftet, ist gleichgültig, ob der Verfertiger Eigenthümer des Rohstoffs war oder nicht. Es ist daher vorgängig zu untersuchen, wie es sich mit dem genannten Merkmal im gegebenen Fall verhält.

Die Vorinstanzen sind darüber verschiedener Ansicht.

Der Unterrichter meint, der Haufen Eisen, woraus nach den Zeugenaussagen die vindizirten Sachen gegossen und beziehungsweise geschmiedet wurden, habe mindestens aus dreierlei Qualitäten bestanden, altem Eisen, englischem und anderm Roheisen. Sollte nun nach erfolgter Verarbeitung der frühere Zustand wieder hergestellt werden, so bedürfte es dazu einer zweifachen Arbeit, deren jede, wenn nicht schlechthin unmöglich, doch thatsächlich so gut als unausführbar sein würde. Einmal müßten die verschiedenen jetzt verschmolzenen Qualitäten Eisens von einander geschieden oder vielmehr in formlosen Metallmassen neu wieder hergestellt werden. Sodann wäre die so gewonnene Quantität der verschiedenen Eisenarten je nach dem Zustand der Verarbeitung wieder zu zerbrochenen Ofenplatten, außer Curs gesetzten Gewichten, defekten Töpfen u. s. w. zu gestalten.

Von diesen zwei Gründen ist der letztere unhaltbar. Die zufällige Gestalt des verarbeiteten Stoffes kann, wie der Appellationsrichter richtig ausführt, den Maßstab für die Herstellbarkeit des früheren Zustands nicht bilden. Dagegen hat der erstere Grund seine gute Berechtigung. Für die Identität des aus der Waare herstellbaren Rohstoffs mit dem verarbeiteten Material entscheiden die Begriffe und Anschauungen des gemeinen Lebens. Eine Eisenmasse, welche aus verschmolzenem englischen und deutschen Roheisen und aus altem Eisen besteht, gehört einer andern Rohstoffart an als jeder der drei genannten Bestandtheile für sich. Da nun die Herstellung der drei Eisensorten aus den durch die Vereinigung gewonnenen Waaren thatsächlich unausführbar ist. wie die Erfahrung auch den Nichttechniker lehrt: so liegt allerdings für diese Waaren die Eigenschaft der Nichtrückführbarkeit im gesetzlichen Sinne vor.

Der Vorrichter glaubt, daß man auch mit der Anerkennung der stofflichen Verschiedenheit zwischen den einzelnen Eisensorten zu einem den Klägern günstigen Ergebnisse nicht gelange, weil nach der Entscheidung in

L. 12 (soll heißen L. 5.) §. 1 de rei vind. 6, 1.

die untrennbare Verschmelzung zweier oder mehrerer Metallmassen nicht den Eigenthumserwerb durch Specifikation begründe, sondern das alte Eigenthum fortbestehen lasse. Allein abgesehen davon, daß die angeführte Stelle nicht die Fort-

dauer des vorigen sondern die Entstehung gemeinsamen Eigenthums annimmt,

arg. verb.: pro parte esse vindicandum, vgl. L. 3. § 2. eod. (demselben Buch des Ulpianischen Ediktskommentars entnommen),

so liegt in unserm Fall eine wahre Neugestaltung in Mitte, während die angezogene Entscheidung nur für die einfache Verschmelzung verschiedener Metallsorten in eine formlose Masse gegeben ist.

Der Appellationsrichter kommt über dieses Bedenken mit dem Satz hinweg, daß durch die Vermengung vertretbarer Sachen Miteigenthum am ganzen Haufen nach Quoten entstehe. Dieser Satz ist aber nach gemeinem Recht unrichtig. Das römische Recht stellt die — man mag sagen doktrinäre — Regel auf, daß die Vermischung trockner Körper für sich trotz mangelnder Erkennbarkeit der jedem Eigenthümer gehörigen Waare eine Eigenthumsveränderung nicht herbeiführe, wenn gleich anerkannt wird, daß bei der Vindikation der Eigenthümer wegen thatsächlicher Unausführbarkeit der Ausscheidung sich mit einem verhältnißmäßigen Antheil am vermischten Haufen begnügen müsse.

§. 28. Inst. de rer. div. 2, 1.
L. 5. pr. de rei vind. 6, 1.

Nur bei der Vermischung von Geldstücken wird eine in der besonderen wirthschaftlichen Natur des Gelds begründete Ausnahme gemacht.

L. 5. pr. de rei vind. 6, 1.
Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, Bd. I. Abth. 2. §. 105. Note 8.

Daß nun für den regelmäßigen Fall die römische Behandlung der Sache und die Annahme eines Miteigenthums zu ideellen Theilen im praktischen Erfolg nicht durchaus zusammentreffen, dafür liefert gerade der gegenwärtige Rechtsfall einen Beleg.

Einige Prozeßschriftsteller erklären die Ergänzung einer unvollständigen Bescheinigung durch einen Notheid für unzulässig.

Brauer, im Archiv für civilistische Praxis, Bd. XXV. S. 340,

und ihm folgend:

Renaud, Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilprocesßrechts §. 102, Note 8.

Allein der erstere Schriftsteller hat dabei deutlich nur diejenige Bescheinigung im Auge, bei welcher die Beweis- oder Bescheinigungsmittel sofort und ohne daß eine Erklärung des Gegners darüber nothwendig wäre, den Richter zu überzeugen geeignet sein müssen.

Vgl. S. 326, 334 ff. u. a.

Dieser formelle Begriff ist hier nicht in Frage. Wir heben es zu thun mit der Bescheinigung, deren Abweichung von dem Beweis nur materieller Natur ist und vorwiegend in der Befreiung des Richters von den starren Satzungen der juristischen Beweistheorie besteht.

Puchta, W. H., in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. I. S. 301—307.

Warum aber die Bescheinigung in diesem Sinne einer Ergänzung durch den Notheid unzugänglich sein soll, dafür ist ein stichhaltiger Grund nicht aufzufinden.

Das römische Recht fordert zum Begriff des summatim rem exponere, d. i. unserer heutigen Bescheinigung, nichts weiter als Wahrscheinlichmachung einer Behauptung.

L. 40 ad leg. Aquil. 9, 2: si summatim re exposita ad suspicionem judicem adducam.

L. 3. §. 4. de Carbon. Edict 37, 10.

Denselben Maßstab legen die Reichsgesetze bei der Bescheinigung zu Grunde:

Reichsabschied von 1594, §. 79: „verisimiliter bescheint."

J. Reichsabschied von 1654, §. 79: „etlichermaßen bescheinigt" §. 83: „etlichermaßen beigebracht und erwiesen."

Die neuere Doktrin und Praxis bewegt sich daher durchaus auf gesetzlichem Boden, wenn sie die Aufgabe der Bescheinigung darin erblickt, daß die beigebrachten Momente nach der Auffassung des gewöhnlichen Lebens einen verständigen erfahrenen Mann zur Annahme der Wahrheit einer Behauptung bestimmen, ihm eine Thatsache glaubhaft machen können.

Bayer, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilproceß, 10. Aufl. S. 774.

Wetzell, System des ordentl. Civilprocesses, 2. Aufl. S. 276—279.

Renaud, Lehrbuch des Civilprocesses, §. 102.

Seuffert's Archiv für oberstrichterliche Entscheidungen, Bd. XIII. Nr. 52, Note 1.

Die Beweise nun, welche die Kläger für das Gießen und beziehungsweise Schmieden der genannten Sachen geliefert haben, erwecken in dem unbefangenen, von den Schulbegriffen juristischer Beweistheorie nicht voreingenommenen Beurtheiler den Eindruck von der Glaubwürdigkeit der zu erweisenden Thatsachen, worüber das Genauere im vorrichterlichen Erkenntniß ausgeführt ist.

Unter diesen Umständen war dem Beklagten über die zu beweisende Thatsache der Reinigungseid aufzuerlegen. Die Meinung, daß bei der Wahl eines nothwendigen Eids lediglich das bessere Wissen einer Partei ohne alle Rücksicht auf die Stärke des erbrachten Beweises den Ausschlag gebe, verdient keine Billigung;

Seuffert's Archiv, Bd. XI, Nr. 187. Bd. XXIII. Nr. 187.

und daß auch ein Notheid in Glaubensform auferlegt werden kann, ist längst anerkannt

Wetzell, Civilproceß, 2. Aufl. S. 252.

Langenbeck, Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, S. 851 ff.

Im vorliegenden Fall kann eine eigene bestimmte Kenntniß des Beklagten über die zu beschwörende Thatsache nicht vorausgesetzt werden, so daß die gewählte Eidesform allein angemessen ist.

Die Ausführung des Beklagten hat ihren Ausgangspunct in dem Satz, daß das zwischen ihm und den Klägern geschlossene Geschäft einen einheitlichen Kauf darstelle.

Diese Behauptung bildet den Inhalt einer wahren Einrede. Die innere Zusammengehörigkeit mehrerer gleichzeitig gekaufter Gegenstände bildet gewiß nicht die Regel. Im vorliegenden Fall ist auch ein deutlicher Hinweis auf den einheitlichen Character in der natürlichen Beschaffenheit der bestellten Sachen keineswegs enthalten, da sie nicht nothwendig für eine und dieselbe Mühle bestimmt zu sein brauchten.

Gegen die willkürliche Zusammenfassung durch die Parteien aber spricht die Auswerfung besonderer Preise für die einzelnen Stücke der Bestellung.

L. 29 pr. de verb. obl. 45, 1.

L. 34 pr. §. 1 de Aed. Edict. 21, 1.

Seuffert's Archiv für oberstrichterliche Entscheidungen, Bd. XII, Nr. 234.

Unger, System des österreichischen Privatrechts, Bd. II. §. 123, Note 25.

Jedenfalls hätte der Beklagte den jetzt hervorgehobenen Thatumstand schon mit der Klagbeantwortung geltend machen müssen. Daß dies aber nicht geschehen, davon wird man sich um so leichter überzeugen, wenn man Folgendes erwägt. Der thatsächliche Grund der fraglichen Einrede setzt sich aus zwei Momenten zusammen: daß die bestellten Waaren die behauptete einheitliche Bestimmung hatten, und daß dies dem andern Vertragstheil bei Abschluß des Geschäfts bekannt war. Denn der Character eines Vertrags wird nicht durch die einseitige Auffassung einer Partei bestimmt. Fehlt nun schon über den ersten Punct in der Einlassungs- und Exceptionsschrift eine unzweideutige Behauptung, so ist vollends des zweiten auch nicht andeutungsweise gedacht, und aus dem Wortlaut des von den Klägern vorgelegten schriftlichen Vertrags kann darüber nichts entnommen werden. Ueber diese Lücke in der Klagbeantwortung auf Grund einer — wie gezeigt — ganz und gar nicht gerechtfertigten thatsächlichen Vermuthung hinwegzuschreiten, wäre richterlicher Seits um so gewagter, da nicht abzusehen ist, ob nicht die Kläger Thatsachen zur Widerlegung solcher Vermuthung angeführt haben würden, wenn ihnen hierzu durch die erforderliche Ausführung des Beklagten Veranlassung gegeben worden wäre.

Urtheil in Sachen der Eisengießerei von G. Kohl's Söhnen zu Nienburg, Kläger, gegen den Windmüller

Christoph Kübe zu Waldau, Beklagten wegen Forderung aus einem Kaufvertrag (Oktober 1870).

IV.

Zur Lehre von der Begründung dinglicher Klagen, insbesondere der Eigenthumsklage bei Berufung auf Erwerb durch Tradition.

Die beiden vom Intervenienten angestellten Klagen sind dingliche Klagen. Daß die Durchführung eines dinglichen Rechtsanspruchs durch die Darlegung des Erwerbs des dinglichen Rechts und durch die Angabe und den Nachweis des besonderen Grunds dieses Erwerbs bedingt sei, ist ernstlich nie bestritten worden. Wohl aber besteht seit langer Zeit darüber Meinungsverschiedenheit, ob der besondere Grund des dinglichen Rechtserwerbs schon im ersten Verfahren angegeben werden müsse, oder ob hier die nackte Berufung des Klägers auf das von ihm verfolgte dingliche Recht, die Bezeichnung desselben nach seiner Gattungseigenschaft, als Eigenthum, Servitut u. s. w., genüge.

Sehr mit Unrecht hat man sich für die Entscheidung dieser Frage auf die Vorschriften des römischen und kanonischen Rechts berufen. Der heutige Proceß ruht auf andern Grundlagen als das Civilverfahren, auf welche jene Bestimmungen berechnet sind. Es wäre ein schwerer geschichtlicher Irrthum, wenn man die römische Trennung des ordentlichen Processes in das Verfahren in jure und in judicio in Parallele stellen wollte mit der heutigen Scheidung eines ersten und zweiten, eines Behauptungs- und Beweisverfahrens.

Bülow, die Lehre von den Proceßeinreden und Proceßvoraussetzungen, S. 7 ff., S. 285 ff.

Und weder der spätere römische, noch der im kanonischen Proceß gebräuchliche Klaglibell hatte die Aufgabe unserer heutigen Klagschrift, die die Klage begründenden Thatsachen darzulegen.

Hinschius im Archiv für civilistische Praxis Bd. 47, S. 107—117.

Auf dem Standpunkt des geltenden Proceßrechts bildet die Angabe des besonderen Erwerbsgrunds in der Klagschrift auch bei dinglichen Klagen eine Pflicht des Klägers. Sie folgt ebensosehr aus der allgemeinen Gestalt des heutigen Civilgerichtsverfahrens als aus bestimmten gesetzlichen Vorschriften.

Ein Grundzug unseres heutigen Processes ist die Ausscheidung eines Behauptungs- und eines Beweisverfahrens. Dort sollen die thatsächlichen Grundlagen der Klage und Vertheidigung vorgetragen, hier soll die Wahrheit der erheblichen Behauptungen dargethan werden. Der Zweck des ersten Verfahrens ist, dem Richter ein sicheres Urtheil darüber zu ermöglichen, ob sich der klägerische Anspruch und ob sich die dagegen gerichtete Vertheidigung des Beklagten auf Thatsachen stütze, welche dem rechtlichen Begehren nach Maßgabe des positiven Rechts eine genügende Unterlage bieten. Das auf den Schriftenwechsel gebaute Erkenntniß soll ein weiteres Verfahren abschneiden, wenn aus dem thatsächlichen Grunde von Klage und Vertheidigung, dessen Wahrheit auch angenommen, die Rechtsverfolgung des Klägers oder der Widerstand des Beklagten sich als ungerechtfertigt darstellt, und es soll da, wo die Sache zum sofortigen Abschluß nicht angethan ist, das Beweisverfahren auf die für die endliche Bescheidung erheblichen Puncte beschränken. In dieser Lage findet sich aber der Richter nicht, wenn der Kläger sich mit der bloßen Bezeichnung des geltend gemachten Rechts begnügt ohne anzugeben, auf welchen Grund er dasselbe erworben zu haben glaubt.

Planck, die Lehre vom Beweisurtheil, S. 258 ff.

Bei diesem Verhalten werden die wesentlichsten thatsächlichen Erörterungen in das Beweisverfahren verschleppt, der Streit über deren Erheblichkeit setzt sich durch den ganzen Proceß hindurch fort, das Beweiserkenntniß wird nahezu zur leeren Form, und was erst zur Sichtung des Streitstoffes und zur Vereinfachung der Verhandlungen dienen sollte, das schlägt zur grundlosen Verzögerung des Processes und zur Vermehrung des Aufwands an Mühe und Kosten aus.

Nicht minder weist auf die Nothwendigkeit, bei dinglichen Klagen den Erwerbsgrund des geltend gemachten Rechts in der Klagschrift anzugeben, die Vorschrift im §. 34 des jüngsten

Reichsabschieds hin, wonach ein jeder Kläger in der Klage „das factum kurz und nervose, jedoch deutlich und distinkte" ausführen soll. Die Berufung auf das Eigenthums- oder Servitutrecht ist keine Ausführung des factum sondern nackte Rechtsbehauptung.

Wenn indeß noch ein Zweifel über die Bedeutung des §. 34 und seine Erheblichkeit für unsere Frage aufgeworfen werden könnte, so müßte er Angesichts der Anforderungen verschwinden, welche der §. 37 desselben Gesetzes an die Antwort an die Klage stellt. Ohne Angabe des Erwerbsgrundes in der Klage ist unmöglich, daß der Beklagte jetzt schon „deutlich unterschiedlich und klar, ob und worin das factum anders als vom Kläger vorgebracht und wie es sich eigentlich verhalte, specificire und auf jeden Punct mit all seinen Umständen anzeige, auch dabei einbringe, was er dilatorie oder peremtorie einzuwenden haben möchte." Und es wäre eine ungerechtfertigte Härte, wenn das Gesetz jedes Versäumniß in dieser Richtung mit dem Ausschluß der betreffenden Vertheidigung strafen wollte, trotzdem daß vom Kläger die Anhaltspunkte zu einer erschöpfenden Vertheidigung nicht gegeben sind. Gerade bei dinglichen Klagen ist der Beklagte ohne die erforderliche Mitwirkung des Klägers in der Regel nicht in der Lage, eine genaue Einlassung abzugeben, da er dem Erwerbe des Rechts fremd zu sein pflegt.

In Uebereinstimmung mit der vorstehenden Ausführung hat sich schon seit längerer Zeit die herrschende Ansicht entschieden und zwar in Theorie

> man vgl. unter den schon genannten Schriftstellern die beiden gangbarsten Proceßhandbücher von Bayer (achte Auflage, S. 530 fg.) und Wetzell (zweite Auflage, S. 529, 918 fg.)

und Praxis

> Seufferts Archiv Bd. I. Nr. 362; II. Nr. 326; VI. Nr. 260; XII. Nr. 88; XX. Nr. 74.

Das Oberappellationsgericht in Darmstadt steht mit seiner entgegengesetzten Rechtsprechung

> Seuffert's Archiv Bd. XXI. Nr. 81.

unter den obersten deutschen Gerichtshöfen, welche nicht von abweichenden partikularrechtlichen Bestimmungen beherrscht sind, ganz vereinzelt. —

Das alte sächsische Proceßrecht hat nach seiner ganzen Entwickelung, in welcher viel früher als anderwärts eine scharfe Sonderung des Behauptungs- und Beweisverfahrens zu erkennen ist,

Planck a. a. O. S. 184 fg.

in dem hier in Rede stehenden Punkte keine weniger strengen Grundsätze als das gemeine Recht.

Man vgl. auch die Note 1 zu Seufferts Archiv Bd. I. Nr. 360.

Ein Bedenken gegen die hier vertretene Meinung könnte etwa noch aus der Vorschrift im §. 8 Ziff. 1 der zweiten Abtheilung der revidirten Erläuterungen zum XIV. Titel der Anhaltischen Proceßordnung hergeleitet werden, wonach es dem Richter erlaubt sein soll, das Beweiserkenntniß nach der allgemeinen Formel abzufassen. Allein diese Bestimmung steht außer allem Bezug zur Ausführungsverbindlichkeit der Parteien, sie ist mehr reglementärer Natur und betrifft nur die Frage, ob der Richter im Beweiserkenntniß sich auf den Ausspruch beschränken dürfe, daß der Kläger den Grund seiner Klage, der Beklagte den Grund seiner Einrede zu beweisen habe, oder ob er die den Klag- beziehungsweise Einredegrund bildenden Thatsachen ausdrücklich im Tenor des Urtheils aufführen muß. Das Eine wie das Andere ist ebenso mit der allgemeinen als mit der besonderen Begründung der Klage verträglich. —

In gegenwärtiger Interventionssache hat allerdings der Kläger nicht unterlassen, für seine dinglichen Ansprüche auf Erwerbsgründe Bezug zu nehmen. Es heißt in der Klage wörtlich:

„diese Gegenstände sind jedoch sämmlich mein Eigenthum vel quasi, indem ich sie durch Kauf und sonstige Rechtsgeschäfte eigenthümlich erworben und tradirt erhalten habe."

Die Intervention bestreitet aber, daß damit dem gesetzlichen Erforderniß der thatsächlichen Klagbegründung ein Genüge geleistet sei. Denn

a) lasse die klägerische Geschichtserzählung nicht entnehmen, welche von den mehreren in Anspruch genommenen Sachen der Kläger durch Kauf und welche er durch Rechtsgeschäfte erworben habe. Danach sei nicht für eine einzige

Sache ein bestimmter Erwerbsgrund behauptet. Auch könne der Ausdruck „andere Rechtsgeschäfte" nimmermehr als deutliche Bezeichnung des besonderen Erwerbsgrunds gelten.

Dieser Mangel entziehe aber auch

b) der Behauptung, Eigenthümer durch Tradition geworden zu sein, den Boden. Denn solle durch Tradition Eigenthum übergehen, so müsse sich dieselbe auf ein besonderes Rechtsgeschäft stützen, durch welches die beiderseitige Absicht, Eigenthum zu übertragen und Eigenthum zu erwerben, verwirklicht werde.

Von diesen beiden Ausstellungen ist die zweite in erster Linie zu würdigen. Denn wenn die Berufung auf Eigenthumserwerb durch Tradition ohne Angabe des der letztern zu Grunde liegenden Vorgangs den Klaggrund ausreichend zur Darstellung bringt, so verliert die Rüge jede Bedeutung, daß dieser Vorgang nicht in genügender Weise geschildert sei.

Die Tradition oder Uebergabe einer Sache kann einen sehr verschiedenen vermögensrechtlichen Erfolg vermitteln. Sie kann den Empfänger zum bloßen Inhaber (Detentor) oder zum juristischen Besitzer, zum Kommodatar, Depositar, Faustpfandgläubiger, aber auch zum Eigenthümer machen. Die besondere rechtliche Wirkung empfängt die Tradition durch die sie begleitende Absicht der Parteien. Wird die Sache vom bisherigen Besitzer übergeben, um den Empfänger zum Eigenthümer zu machen, so ist die Tradition ein Eigenthumserwerbs- oder das Uebereignungsgeschäft.

Die Absicht als innerer Vorgang bedarf der Verkörperung in einer äußeren Thatsache, um für Andere erkennbar und der Berücksichtigung auf dem Rechtsgebiet zugänglich zu werden; denn der nicht geäußerte Gedanke besitzt für das Recht kein Dasein.

L. 53 §. 1 i. f. de verb, sign. 50, 16.

Die Uebereignungsabsicht kann von den Parteien ausdrücklich erklärt werden. Doch ist das ein seltenes Vorkommniß. Meistens wird sie stillschweigend geoffenbart und nur erkennbar sein aus dem Vorgang, welcher den Anlaß zur Uebergabe bildet, aus dem Kauf-, Tausch- oder Schenkungs-Vertrag u. s. w. Wer einem Andern eine Sache übergibt, verkauft oder als Mitgift oder Tauschgegenstand versprochen

hat, der wird regelmäßig dabei von der Absicht geleitet sein, auf den Empfänger das Eigenthum zu übertragen, und der Letztere wird sie in der entsprechenden Absicht entgegennehmen. Deshalb pflegt man den Kauf, die Schenkung u. s. w. den Bestimmungsgrund bei der Uebergabe, causa traditionis zu nennen; sie sind bestimmender Grund, weil sie den Willen erzeugen und kennzeichnen, durch den der vermögensrechtliche Erfolg der Uebergabe bedingt ist.

Daß ein solches den Uebereignungswillen erzeugendes Geschäft sich als ein selbständiger Vorgang von der Tradition als Besitzübergabe abhebt und dieser vorausgeht, das bildet die Regel. Mit Rücksicht darauf wird in einer Stelle des römischen Rechts gesagt:

> Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur. L. 31 pr. de adqrer. dom. 41, 1.

Es wäre aber ein Mißverständniß, wenn man in diesem Ausspruch die unerläßlichen Voraussetzungen für den Eigenthumserwerb durch Tradition in genauer Fassung niedergelegt finden wollte. Dieß lehrt schon die Erwägung, daß das dem Uebereignungswillen zu Grunde liegende Geschäft zeitlich mit der Uebergabe zusammenfallen kann wie bei dem Handgeschenk. Ebensowenig ist der Eigenthumsübergang durch die rechtliche Gültigkeit des Kaufs- oder Schenkungsvertrags u. s. w. bedingt. Sonst könnte der Eigenthumserwerb nicht stattfinden, trotzdem daß die beiden Vertragstheile verschiedene Veranlassungsgründe annehmen, der Uebergebende sich zur Uebereignung aus Testament verpflichtet glaubt, während der Empfänger diese Pflicht in einem Vertrag findet.

> L. 36 eod. tit.,

eine Stelle, deren Geltung die jedenfalls weniger zweifellose L. 18 pr. de reb. cred. 12, 1 keinen Eintrag zu thun vermag.

> Vangerow, Pandekten Bd. I. §. 311. Anm. 3 (7. Aufl. S. 573).

Für die Tradition als Uebereignungsgeschäft genügt, daß ein thatsächlicher Vorgang den übereinstimmenden Willen der Parteien erkennen läßt, es solle mit der Uebergabe der Sache das Eigenthum auf den Empfänger übergehen. Und jede

Thatsache, welche diesen Dienst leistet, kann causa traditionis sein.

Exner, die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition S. 74 fg, S. 319 fg.

Nach den vorstehend entwickelten Grundsätzen unterliegt keinem Zweifel, daß diejenige Partei, welche sich auf Eigenthumserwerb durch Tradition beruft, solche Thatumstände dem Richter darzulegen hat, aus welchen auf das Vorhandensein des Uebereignungswillens mit Sicherheit geschlossen werden kann. Allein damit ist nicht gesagt, daß diese Thatsachen schon im ersten Verfahren vorzutragen seien. Im Gegentheil sie betreffen nur den Beweis einer Thatsache (animus dominii transferendi) und haben daher im Beweisverfahren ihren eigentlichen Platz. Für eine ganz ähnliche Thatsache, für die Absicht zu beleidigen bei der Ehrenkränkungsklage gilt dies ganz unbezweifelt. Es genügt mithin für das erste Verfahren die Behauptnng, daß die betreffende Absicht vorhanden gewesen sei. Darauf wird auch im Widerspruchsfall der Beweis verstellt. Freilich wird damit das Vorbringen neuer Thatsachen ins Beweisverfahren verpflanzt. Allein das ist bei einer künstlichen Beweisführung nicht zu umgehen und auch allgemein als zulässig erkannt.

Langenbeck, die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten S. 406 fg.

Man muß aber sogar noch weiter gehen und zugeben, daß das Vorhandensein der Uebereignungsabsicht nicht einmal einer ausdrücklichen Hervorhebung bedarf neben der Behauptung, daß Eigenthum durch Tradition erworben sei. Hierin liegt schon die weitere Behauptung, daß die Uebergabe in der Eigenthumsübertragungsabsicht erfolgt sei.

Aus dem Vorstehenden erhellt, daß der Einwand der mangelhafen Klagbegründung keine Berechtigung besitzt, insoweit er der Eigenthumsklage gegenüber auf die ungenaue Bezeichnung des der Tradition zu Grunde liegenden Geschäfts geschäfts gestützt ist. Indem der Kläger sich auf solche Geschäfte berief, hat er die Grenzen seiner gesetzlichen Anführungspflicht überschritten, und insoweit enie Handlung gesetzlich nicht geboten ist, kann ihre Unvollständigkeit dem Handelnden nicht zum Nachtheil gereichen.

Gleichwohl leidet die klägerische Geschichtserzählung, was die Eigenthumsklage anlangt, an einem wesentlichen Mangel, auf dessen Grund die Einlassung mit Recht verweigert würde.

Unsere heutigen Schriftsätze haben nicht den Zweck, abstrakte Rechtsbezeichnungen in sich aufzunehmen; sie sollen die thatsächliche Grundlage der rechtlichen Behauptungen in ihren Hauptzügen zur Darstellung bringen.

Gegen dieses Erforderniß hat sich der Kläger verfehlt, indem er die Behauptung, er habe die Sachen tradirt erhalten, ohne jede nähere Bezeichnung des Erwerbsacts hinstellt, ohne auch nur die Personen zu nennen, von welchen er sie empfangen haben will. Damit raubt er der Beklagten die Möglichkeit, sich über die Beschaffenheit des behaupteten Traditionsgeschäfts zu unterrichten und dessen etwaige Mängel vertheidigungsweise geltend zn machen.

W e t z e l l System des ordentlichen Civilprocesses S. 887 (2. Aufl.) sagt in wesentlicher Uebereinstimmung mit anderen Processualisten:

> „Alle relevanten Behauptungen, mögen sie vom Kläger oder vom Verklagten ausgehen, machen eine Erklärung der Gegenpartei nothwendig. Sie müssen daher die Thatsachen, welche sie enthalten, m i t g e n ü g e n d e r S p e c i a l i t ä t d. h. s o g e n a u, d a ß k e i n e V e r w e c h s l u n g m ö g l i c h i s t, und in so einfacher Gestalt vortragen, wie sie ohne Zuhülfenahme von Schlußfolgerungen unmittelbar haben wahrgenommen werden können.
>
> N u r d e n i n s o l c h e r W e i s e s p e c i a l i s i r t e n B e h a u p t u n g e n g e g e n ü b e r k a n n d i e G e g e n - P a r t e i i h r e E r k l ä r u n g n i c h t v e r w e i g e r n."

Daß die Erwähnung dieses oder eines ähnlichen näheren Umstands schon in das erste Verfahren und genauer in die Klagschrift gehört, das ergiebt auch die Erwägung, daß nur dann der Beklagte einigermaßen zn einem Urtheil darüber befähigt ist, ob er einem begründeten Anspruch gegenübersteht oder etwa nur einem Versuch, der darauf berechnet ist, ihn durch die gerichtliche Eigenthumsansprache von der weitern Verfolgung seines Rechts abzuschrecken, ob er mit andern Worten Ursache hat, sofort dem klägerischen Ansinnen

zu entsprechen oder auf richterliche Untersuchung und Entscheidung der Sache abzustellen. Es hat diese Erwägung doppeltes Gewicht für einen Interventionsproceß wie der gegenwärtige, wo der Beklagte sich nicht auf rein thatsächlichem Wege Sachen Anderer bemächtigt hat, sondern in Vollstreckung eines richterlich zuerkannten Anspruchs Sachen pfänden ließ, die, weil im Besitz des Gepfändeten befindlich, auch als dessen Eigenthum angesehen werden durften. Und warum sollte der Kläger der Pflicht entbunden sein, die hauptsächlichen Thatumstände seines Rechtserwerbs in der Klagschrift anzugeben? Es ließe sich kein anderer Grund denken als Bequemlichkeit oder Chikane gegen den Beklagten. Der eine verdient so wenig richterliche Billigung und Unterstützung als der andere.

Die Folge dieses Mangels ist die Abweisung der Eigenthumsklage in der angebrachten Art.

Es erübrigt, die Frage nach der Klagbegründung für die Klage aus dem Ersitzungsbesitz zu prüfen.

Nach der herrschenden Ansicht hat der publicianische Kläger zwei Momente anzuführen und, wenn sie ihm widersprochen werden, zu beweisen:

1) daß er die Sache auf Grund eines zur Ersitzung tauglichen Titels oder sonstigen Vorgangs (titulus justus oder putativus) erworben habe, und

2) daß er in den Besitz der Sache gelangt sei.

Daß unter Umständen selbst dieses zweite Moment hinwegfällt, hat für den gegenwärtigen Rechtsstreit keine Bedeutung, da die Tradition, auf welche sich der Kläger beruft, nur durch das Mittel des Besitzerwerbs zum Eigenthum führt.

Puchta Vorlesungen über das heutige römische Recht §. 173.

Es kann der Zweifel aufgeworfen werden und er ist schon erhoben worden, ob bei der publicianischen Klage der besondere Erwerbstitel bezeichnet werden müsse, ob nicht vielmehr die Behauptung genüge daß die Uebergabe der Sache in der Absicht der Eigenthumsübertragung erfolgt sei.

Seufferts Archiv Bd. XX. Nr. 207.

Nach der oben für die Eigenthumsklage geltend gemachten Ansicht könnte man erwarten, daß dieser Zweifel im zweiten Sinn zu lösen sei. Gleichwohl wäre dies unrichtig. Die

der Uebergabe zu Grunde liegende Thatsache (Kauf, Schenkung, Vermächtniß u. s. w.) hat eine verschiedene Bedeutung für den Eigenthumserwerb und für den Erwerb des Ersitzungsbesitzes. Dort kommt sie nur als Ausdruck und Erkenntnißmittel des Uebereignungswillens in Betracht, hier dagegen bildet sie ein selbständiges gesetzliches Erforderniß. Selbst vom Standpunct der Ansicht, daß der Ersitzungstitel nur die objective Grundlage für den guten Glauben des Ersitzenden bilde, eine Ansicht, die indeß nichts weniger als zweifellos ist,

Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts Bd. II. Heft 1 S. 54 fg. S. 81 fg.

wird man nicht geneigt sein, den Nachweis des Titels blos als künstlichen Beweis für das Vorhandensein des guten Glaubens zu betrachten. Jene Auffassung berührt nur den gesetzgeberischen Beweggrund, welcher zur Aufstellung des Titels als Ersitzungserforderniß geführt hat: im Gesetz selbst kommt dem Titel die Bedeutung eines dem redlichen Glauben gegenüber selbständigen und nicht in demselben begriffenen Elements der Ersitzung zu. Darüber lassen klare Ausführungen der Quellen keinen Zweifel.

L. 27 de usurpat. 41,3.
L. 2. §. 2. pro emtore 41,4
L. 3. pro donato 41,6.

Bei Erwägung dieses Unterschieds wird man nicht in die Versuchung kommen, von der Entbehrung des Bestimmungsgrunds in der thatsächlichen Begründung der Eigenthumsklage einen Schluß zu ziehen auf ein gleiches Verhältniß des Ersitzungstitels bei der Klage aus dem Ersitzungsbesitz.

Was die vorliegende Klagschrift in Bezug auf den Titel der Ersitzung enthält, beschränkt sich auf die oben ausgehobene Anführung, Kläger habe die abgepfändeten Sachen durch Kauf und sonstige Rechtsgeschäfte eigenthümlich erworben und tradirt erhalten.

Den Einwand der Interventin, daß damit für keine der angesprochenen Sachen ein bestimmter Erwerbsgrund behauptet sei, beseitigt der Unterrichter mit der Bemerkung, die Berufung auf Kauf und sonstige Rechtsgeschäfte laute copulativ, nicht disjunctiv. Man mag dagegen zugeben, daß ein ziemlich verbreiteter ungenauer Sprachgebrauch nicht selten „und“ im Sinn von „oder“ verwendet; daß ferner das

Zusammentreffen mehrerer Erwerbsthatsachen für dieselbe Sache nicht gerade wahrscheinlich ist. Allein so lange der gegentheilige Sinn in den gebrauchten Worten liegen kann, wird man die dem Kläger günstigere Auslegung nicht ablehnen dürfen. Jedenfalls ist die Zweideutigkeit gehoben durch die Erklärung des Intervenienten in der Replik daß er die Berufung auf andere Erwerbsgeschäfte außer dem Kauf zurücknehme. Hierin kann unter den obwaltenden Umständen eine unzulässige Klagänderung nicht erblickt werden.

Wetzell a. a. O. S. 900 (2. Aufl.)

Nichtsdestoweniger hat der Einwurf der unzureichenden Klagbegründung gegenüber der Klage aus dem Ersitzungsbesitz volle Berechtigung. Mit der nackten Berufung auf Kauf wird der Intervenient dem Erforderniß, die thatsächliche Grundlage seines Anspruchs anzugeben, nicht gerecht. Er mußte wenigstens die Personen bezeichnen, von welchen er gekauft haben will, oder sonstige genauere Umstände anführen, welche die Erwerbsthatsache in ihrer besonderen Erscheinung kennzeichnen und der Gegenpartei die Möglichkeit bieten, der Behauptung gegenüber bestimmte Stellung zu nehmen. Es gilt hieher vollkommen, was oben über den gleichen Mangel bei der Eigenthumsklage ausgeführt wurde.

Urtheil in Sachen der Handlung J. F. Brems in Leipzig, Interventin jetzt Appellantin, wider den Gutsbesitzer Julius Bunge in Zeundorf, Intervenienten jetzt Appellaten, wegen Freigebung abgepfändeter Gegenstände (Februar 1871). (Schluß folgt.)

XV. Servitus aquaeductus. Verlegung der Leitung durch den Berechtigten statt Reparatur.

Die servitus aquaeductus berechtigt den Besitzer des herrschenden Grundstücks nicht, an Stelle und neben der bereits bestehenden Leitung, wenn auch unter dem Versprechen der Beseitigung der letzteren, eine neue Leitung über das dienende Grundstück zu führen.

Mitgetheilt von W. Heinzerling.

Kläger und Beklagter wohnen einander benachbart. Letzterer besitzt eine Mühle, ersterer einen Oekonomiehof. Als

Beklagter, der bis dahin aus einem Brunnen des Klägers vermittelst Drainageröhre seiner Mühle Wasser zugeführt hat, einen neuen Graben durch des Klägers Eigenthum zieht und denselben mit Drainageröhren belegt, weil die alte Leitung schadhaft sei, erhebt Kläger Klage wegen Besitzstörung und es wirft sich in den verschiedenen Instanzen die Frage auf: „ob die servitus aquaeductus den Besitzer des herrschenden Grundstücks berechtige, an Stelle und neben der bereits bestehenden Leitung, wenn auch unter dem Versprechen der Beseitigung der letzteren, eine neue Leitung über das dienende Grundstück zu führen?" Den Unterrichter leitet die Ansicht, daß der Servitutberechtigte nach dem Grundsatz: „servitute civiliter utendum est" und „ut ultra necessitatem a dominante nihil agatur" zwar nur auf schonende Weise in die Eigenthumsrechte des Verpflichteten eingreifen und sowenig wie möglich Veränderungen an der Servitut vornehmen dürfe; ebenso müsse nach den speciellen Vorschriften des fr. 3 §. 5 D. 43, 20 die Erneuerung von Röhren in einer bestehenden Wasserleitung auf eine andere Weise geschehen, durch welche das dienende Grundstück nicht in einen schlechteren Zustand als vor der Reparatur versetzt werde — dagegen gehe das Recht des Verpflichteten doch nicht so weit, zu verlangen, daß wenn dem Servitutberechtigten eine Verlegung der Servitut zum dringendsten Bedürfniß werde, er sich der Verlegung enthalten solle, insofern sie dem Verpflichteten unschädlich sei. Diese Ansicht wird aber in zweiter Instanz unter Berufung auf

Elvers, Servitutenlehre §. 25 S. 207;
Endemann, Wasserrecht S. 73

nicht adoptirt, vielmehr in der Anlage einer neuen Röhrenleitung eine Ueberschreitung des Servitutsbesitzes erkannt, eine Anschauung, die hiernächst auch das Oberappellationsgericht in Darmstadt theilt. Aus dem desfalls erstatteten Gutachten des Referenten theilen wir mit:

Als entscheidend betrachte ich die ausdrücklich für den vorliegenden Fall in fr. 21 D. VIII. 3 getroffene Bestimmung, wonach nur dann, wenn das Wasserleitungsrecht „non distinata parte i. e. fundi" ertheilt ist, der ganze fundus als dienstbar betrachtet wird. In Uebereinstimmung hiermit ist in fr. g. D. VIII. 3 if. bestimmt: „es ist ausgemacht, daß wo

er (der Berechtigte) zuerst seinen Weg genommen, er fortwährend gehen und fahren müsse und ferner keine Veränderungen damit vornehmen dürfe; so scheine es auch dem Sabinus, der sich hierbei des Beispiels von einem Bache bediente, den man zwar zu Anfang leiten kann, wohin man will, nachher aber, wenn er seinen Lauf genommen, nicht verlegen darf."

Es geht dies aber auch wenigstens indirect aus dem oben angeführten fr. 3 §. 5 D. de aqua quotidiana hervor, da hier nicht von dem Rechte zur Errichtung einer neuen Anlage, sondern vielmehr nur von der Reparatur einer **bestehenden** Wasserleitung die Rede ist.

vgl. Puchta, Pand. §. 185 a. E. Glück, Comm. Bd. X. S. 192, 193. v. Wening-Ingenheim, Bd. II. §. 148 (80) S. 272.

Die Gegenausführungen des gegantischen Anwalts beschränken sich im Wesentlichen darauf: a. der in zweiter Instanz zur Geltung gekommenen Ansicht liege das Mißverständniß zu Grunde, als beabsichtige sein Mandant an der Seite der älteren, schadhaft gewordenen Röhrenleitung, mit Beibehaltung derselben, eine neue Röhrenleitung anzulegen und das Wasser aus zwei Anlagen abzuleiten, was jedoch nicht beabsichtigt werde. Ich kann jedoch dieser Unterstellung keine Bedeutung zumessen, da die der Ansicht vorderen Instanz zu Grund liegenden Gesetzesstellen, ganz abgesehen davon, ob die Röhrenleitung fortbestehen soll, oder nicht, dem dominus des herrschenden Grundstücks das sonst bestehende Wahlrecht bezüglich des Orts der Servitutenausübung untersagen, sobald hierzu ein Ort bereits bestimmt ist, außerdem aber auch, nach dem Zugeständnisse des Beklagten, zur Zeit der Klagerhebung in der That die alte Leitung noch bestand und noch bestehen wird. b. Ebensowenig kann der Beklagte sein angebliches Recht auf Veränderung der bestehenden Anlage daraus ableiten, daß er sonst die ganze alte Leitung hätte unterbrechen müssen, wodurch ihm für längere Zeit der Wasserbezug aus dem Brunnen entgangen und ihm empfindlicher Nachtheil zugegangen sein würde. Es ist mir keine Bestimmung bekannt, wonach der Herr des dienenden Grundstücks verpflichtet wird, dem Servitutberechtigten, im Fall die Ausübung der Servitut durch nöthig gewordene Reparaturen unterbrochen wird, die Aus-

übung derselben in anderer Weise zu gewähren; er ist nur verpflichtet, die Reparatur zu dulden; diese selbst ist von dem Berechtigten vorzunehmen, welcher, da ihm das commodum zusteht, nach allgemeinen Grundsätzen auch das incommodum zu tragen hat. c. Ein besonderes Gewicht legt der appellantische Anwalt darauf, daß durch die neue Röhrenleitung dem Kläger nicht mehr Wasser entzogen werde, als durch die ältere, und führt — wie auch der Richter erster Instanz — zur Unterstützung seiner Ansicht eine in Seuffert's Archiv Bd. VI. Nr. 13 aufgenommene Entscheidung an. Allein diese Entscheidung erkennt es auf Grund der oben aufgeführten Gesetzesstellen, sowie auf Grund des fr. 13 §. 1 Dig. VIII. 3 gerade als Grundsatz an, daß sich der bei der serv. aquaeductus Berechtigte, wenn die Stelle der Ausübung festgesetzt ist, sich an diese Stelle zu halten habe; „nur wenn dem dominus praedii servientis später eine Verlegung der Servitut zum dringenden Bedürfniß werde, könne sich der Berechtigte nicht aus Eigensinn widersetzen, wenn ihm sonst die Verlegung unschädlich sei, dem Berechtigten dürften dann freilich keine Kosten entstehen." Die Entscheidung spricht daher von dem umgekehrten Falle, in welchem der Herr des dienenden Grundstücks und zwar nicht eine Reparatur, sondern zum Vortheil des letzteren eine Verlegung der Servitut beabsichtigt und daher auch die Kosten dieser Verlegung zu tragen hat. Eine analoge Anwendung hiervon auf den Servitutberechtigten findet in dem Gesetze keine Unterstützung, vielmehr spricht gegen eine solche Ausdehnung der allgemeine Grundsatz, daß die Vermuthung für die möglichste Freiheit von Lasten ist

l. 13 §. 1 D. VIII. 4;

l. 9 C. III. 34.

Erk. des O.-A.-G's. in Darmstadt in S. d. Heinrich Ling von der Reitzenmühle bei Heidelbach, Bekl. rc. g. Johannes Wolf in Heidelbach, Klg. rc. interd. uti possidetis betr., v. 3. Juli 1869. Sit. I. Conv. 26.

XVI. Reugeldstipulation bei formell ungiltigen Verträgen.

Mitgetheilt von W. Heinzerling.

Dem unter der Herrschaft des Mainzer Landrechts abgeschlossenen, weder consumirten, noch bestätigten und folgeweise nichtigen*) Immobilarkaufvertrag war die Bestimmung einverleibt, daß der Zurücktretende ein Reugeld zu zahlen habe. Das höchste Gericht in Darmstadt erachtete die vom Käufer gegen den zurückgetretenen Verkäufer erhobene Reugeldforderung für begründet.

Die mit überwiegenden Gründen gerechtfertigte Ansicht der meisten Rechtslehrer gehe dahin, daß eine Strafverabredung nicht nur, wenn sie zu einem, an sich giltigen, sondern auch, wenn sie zu einem an sich ungiltigen Vertrage hinzugefügt worden, rechtsverbindlich sei, es sei denn daß die Erfüllung der principalen Obligation unmöglich erscheine oder die übernommene Verbindlichkeit nicht erfüllt werden dürfe, resp. in der Nöthigung dazu ein Verstoß contra bonos mores liegen würde.

Göschen, Vorles., 3. Buch §. 437; v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch, 3. Buch §. 89; Arndts Pandecten §. 211; v. Vangerow Leitfaden Bd. III S. 236, I.; Holzschuher Theorie III. S. 344 u. 349. (Dagegen: Sintenis Civilrecht Bd. 2, S. 113.)

Wenn Partikulargesetze die Giltigkeit eines über Grundstücke geschlossenen Veräußerungsvertrags von der gerichtlichen Anzeige, Protocollirung und Bestätigung abhängig machten, so sei doch eine dem außergerichtlichen Vertrag beigefügte Verabredung über eine auf den Fall des Zurücktretens zu zahlende Conventionalstrafe rechtsbeständig, wie dies auch in der Praxis

vgl. die Entscheidung des O.-A.-G's in Kassel bei Strippelmann, Sammlung 5, S. 63 u. 64 und in Seuffert's Archiv, Bd. 3, Nr. 35,

---

*) Diese Bestimmung ist zwar durch die neuere hessische Gesetzgebung aufgehoben, gleichwohl behält die mitgetheilte Entscheidung für andere Fälle ihren Werth.

anerkannt sei. Es habe zwar das O.-A.-G. in München in einem ähnlichen Falle

vgl. Seuffert's Archiv Bd. 12 Nr. 261

die Klage auf Bezahlung des bedungenen Reugelds für unzulässig erkannt, dies aber insbesondere aus dem Grunde: „weil die betreffende Vorschrift in dem einschlagenden Pfälzer Landrecht als ein Prohibitivgesetz zu betrachten sei," was nach dem oben erwähnten allgemeinen Grundsatz rechtfertigend erscheinen würde. Nach der fixirten Rechtsprechung des höchsten Gerichts in Darmstadt dürfe aber ein Vertrag über Veräußerung von Immobilien, wenn derselbe zur Erfüllung gekommen, consumirt sei, aus dem Grund der Vernachlässigung der Förmlichkeiten selbst dann nicht angefochten werden, wenn solche ausdrücklich bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben seien. Ein solcher Vertrag erscheine also nicht als ein solcher, der nicht erfüllt werden dürfe.

Müller, die Ingrossation des Grundeigenthums S. 81, sub IV. Note 9.

Der Einwand, daß die Stipulation wegen des Reugelds nur ein Nebenvertrag sei, der mit dem Hauptvertrag stehe und falle, sei unstichhaltig. Jene Stipulation sei prinzipaler Natur, ihre Wirksamkeit hänge nicht von der Kraft der Hauptverbindlichkeit, sondern von der Statthaftigkeit der Bedingung ab, welche beigefügt sei.

Müller a. a. O. Note 9.

Erk. des O.-A.-G's. in Darmstadt vom 21. September 1867 in S. Joh. Falter v. Kallstadt gegen Nikolaus Kabel V. v. Nieder-Liebersbach modo dessen Cessionare Elias Mannheimer u. Samuel Oppenheimer zu Birkenau, Forderg. betr.

XVII. Vertragsabschluß unter Abwesenden, insbesondere wenn sich Offerent für eine bestimmte Zeit gebunden erklärt. Steht Weiterverkauf des Offerenten an einen Dritten der Rücknahme der Offerte gleich? Verschiedenheit des gemeinen Rechts und des deutschen Handelsgesetzbuchs.

Während bei Vertragsabschlüssen unter Abwesenden nach dem deutschen H.-G.-B. der Offerent während der gesetzlichen und resp. von ihm selbst gesetzten Zeit im Allgemeinen an seine Offerte gebunden ist, kann derselbe nach gemeinem Recht die Offerte, so lange sie nicht acceptirt ist, zu jeder Zeit widerrufen. Eine Weiterveräußerung der btr. Sache an einen Dritten enthält aber an sich keinen giltigen Widerruf der vom Oblaten sonst rechtzeitig angenommenen Offerte.

Mitgetheilt von W. Heinzerling.

Die Klage stützte sich darauf, daß Lehrer Sch. im Auftrage der Wittwe S., der Beklagten, dem Kläger brieflich eine Verkaufsofferte wegen einer Wiese gemacht und dabei ausdrücklich eine Frist von 48 Stunden vorbestimmt habe, innerhalb welcher die Wittwe S. sich an ihr Angebot gebunden erachte und nach deren vergeblichen Ablauf sie unterstelle, Kläger wolle den Verkauf nicht eingehen; daß Kläger noch vor Ablauf der gestatteten Bedenkzeit die Offerte angenommen und noch an demselben Tage den Beauftragten der Wittwe S. hiervon benachrichtigt habe. Dem entgegen hatte die Beklagte unter Anderm behauptet, daß die Beklagte, bevor noch Kläger seine Erklärung auf die Offerte dem Lehrer Sch. abgegeben, das fragliche Grundstück bereits dem H. M. zugeschlagen gehabt habe, dieser Zuschlag auch sofort dem Lehrer Sch. bekannt geworden sei und daß hierin ein die Perfection des Vertrags hindernder Widerruf der Offerte gelegen sei. Das Untergericht stellte diese Behauptung zum Beweis aus, das Hofgericht sprach ihr aber alle Bedeutung ab und das höchste Gericht trat dieser letzteren Ansicht bei.

Dem Gutachten des Referenten, auf dem die höchstrichterliche Entscheidung ruhte, entnehmen wir Folgendes:

Es werfen sich hier zwei Fragen auf:

1. Ist in dem vorliegenden Falle, wo die Offerentin selbst sich für eine gewisse Zeit an die Offerte für gebunden erklärt hat, innerhalb dieser Frist ein Widerruf der Offerte statthaft, für den anderen Theil in der Art verbindlich, daß er das Zustandekommen des Vertrags ausschließt?
2. Liegt in der Veräußerung des Grundstücks an sich, auch wenn sie zur Kenntniß des Beauftragten der Offerentin gelangt ist, ein rechtlich zu beachtender, den Kläger verbindender Widerruf der Verkaufsofferte?

Zu 1. Nach gemeinem Rechte, welches hier ohne Zweifel maßgebend ist und welches keine Bestimmungen darüber enthält, wann ein unter Abwesenden geschlossener Vertrag als perfect zu betrachten sei, ist zwar diese Frage äußerst bestritten, aber doch nur insofern, als es zweifelhaft ist, was man unter einer wirksamen Acceptation der Offerte zu verstehen habe, ob das bloße Erfolgtsein der Acceptation, oder aber auch das Gelangen der Acceptation zum Bewußtsein des Offerenten. Derselbe Zweifel macht sich geltend bei dem Widerruf der Offerte. Beide Streitfragen sind hier nicht zu erörtern, indem die erstere zum Nachtheil Klägers rechtskräftig entschieden ist, die zweite aber, wie sich weiter unten ergeben wird, gar nicht in Betracht kommt. Dagegen ist man nach den allgemeinen Grundsätzen des gemeinen Rechts in der Doctrin darin einig, daß jede Offerte, solange sie eine solche ist, nicht zeitig acceptirt worden ist, unbedingt von dem Offerenten widerrufen werden kann. Ich verweise hier besonders auf

Ihering in seinen Jahrbüchern, IV. S. 86 ff.

und bemerke nur noch, daß ich keinen Juristen gefunden habe, der in Beziehung auf das gemeine Recht hier anderer Ansicht gewesen wäre. Uebrigens lassen manche Rechtslehrer, z. B.

Thöl, Handelsrecht, §. 57,
Ihering, a. a. O.

in diesen Fällen, wo ohne den Widerruf des Offerenten der Vertrag perfect geworden wäre, eine Entschädigungspflicht des

Oblaten gegen den Offerenten zu, die indessen nicht darauf geht, was man durch die Erfüllung des Vertrags gehabt haben würde, sondern darauf, was man gehabt haben würde, wenn der Vertrag nicht äußerlich zu Stande gekommen wäre. Eine solche Klage ist hier nicht erhoben worden. Jhering nimmt, obgleich ein Vertrag nicht zu Stande gekommen ist, gleichwohl die Contractsklage wegen s. g. culpa in contrahendo an und hat diese Ansicht (welcher v. Vangerow in seiner neuesten Anflage beigetreten ist) in dem oben alleg. Aufsatze nicht blos auf den hier varliegenden Fall, sondern auch im Allgemeinen näher begründet.

Jhering, a. a. O. S. 1 ff.

Gemeinrechtlich macht es auch keinen Unterschied, ob der Offerent, wie in substrato, ausdrücklich erklärt hat, daß er sich für eine gewisse Zeit gebunden erachte, oder nicht. Auch ohne eine solche Fristbestimmung wird nach den concreten Verhältnissen eine gesetzliche Frist als selbstverständlich angenommen, von welcher Alles gilt, was in Bezug auf die vom Offerenten selbst beigefügte Erklärungsfrist als gesagt angesehen wird. Gemeinrechtlich kann sich der Offerent durch eine einseitige, nicht acceptirte Erklärung in solcher Weise gar nicht obligiren. Die gesetzliche und die vom Offerenten hinzugefügte Erklärungsfrist hat nach gem. Recht nur die Bedeutung, daß nach ihrem Ablauf eine Acceptation der Offerte wirkungslos ist, nicht aber auch die, daß der Offerent bis nach ihren Ablauf nicht widerrufen dürfe. Ganz anders hat das deutsche Handelsgesetzbuch die Sache aufgefaßt.

Nach Art. 319 bleibt bei einem unter Abwesenden gestellten Antrag der Antragende bis zu dem Zeitpunkt gebunden, in welchem er bei ordnungsmäßiger rechtzeitiger Absendung der Antwort den Eingang der letzteren erwarten darf, es sei denn, daß der Widerruf des Antrags nach Art. 320 dem andern Theil früher, als der Antrag, oder gleichzeitig mit diesem zngegangen ist, wo derselbe alsdann für nicht geschehen zu betrachten ist. Es unterliegt keinem Zweifel und geht namentlich aus den Verhandlungen der Commission zu den betr. Artikeln des Entwurfs ganz klar hervor, daß die Wirksamkeit der Offerte nicht blos nach Ablauf der ge-

setzlichen Frist erlischt, sondern daß auch der Offerent mit seinem Widerruf bis nach Ablauf dieser Frist warten muß und daß, wenn er innerhalb derselben widerruft, der Widerruf als nicht erfolgt betrachtet wird.

vgl. namentlich Protokolle der Commission, S. 572 ff. u. S. 1360 ff.,

wie denn auch

Endemann, das deutsche Handelsgesetzbuch S. 462 und Note 10.

ausdrücklich hervorhebt, daß der Widerruf, der die Voraussetzungen des H. G. B's. nicht erfülle, für den andern Theil unverbindlich sei, und daß gerade hierin eine Abweichung von den sonst aufgestellten gemeinrechtlichen Regeln liege. Ob dieses Princip in legislatorischer Hinsicht sich nicht mehr empfiehlt, als das gemeinrechtliche, wonach, insofern nicht schon früher Offerte und Acceptation zusammengetroffen sind, der Widerruf die Perfection des Vertrags stets ausschließt, diese Frage ist hier nicht zu untersuchen. Darüber, wie es gehalten werden solle, wenn der Offerent, wie hier, ausdrücklich eine Erklärungsfrist dem Oblaten gesetzt hat, enthält das H. G. B. keine ausdrückliche Vorschrift. Mit Recht aber wurde m. E. sowohl bei der ersten, als bei der zweiten Lesung

Protokolle S. 572 und 1360.

der Antrag gestellt, für diesen Fall den Offerenten bis zum Ablauf dieser Frist für gebunden, den Antrag für unwiderruflich zu erklären. Dieser Antrag wurde jedoch abgelehnt, indem derselbe bei der ersten Lesung von einem Theile der Versammlung als mit Rücksicht auf die Beschlüsse über die gesetzliche Frist als selbstverständlich betrachtet, von anderer Seite aber diese Auffassung bestritten wurde, bei der zweiten Lesung aber die Ablehnung aus dem Grunde erfolgte, weil der Offerent höchstens nur dann an die dem Adressaten gesetzte Frist gebunden erachtet werden kann, wenn dies nach dem Wortlaut des Antrags als seiner Absicht entsprechend anzusehen sei. Ich würde es für richtiger gehalten haben, wenn dem Antrag stattgegeben worden wäre; jedenfalls aber müßte nach dem Majoritätsbeschluß in concreto die Offerentin, wenn sie nach Handelsrecht zu beurtheilen wäre, ihrer unzweideutigen Erklärung nach als an die von

ihr gesetzte Frist gebunden im Sinne des H. G. B's. betrachtet werden. Daß übrigens das H. G. B. hier von dem gem. Recht abweicht, daß nach letzterem der Widerruf unbedingt auch in dem vorausgesetzten Falle dem Offerenten freistehe, wurde in den betr. Verhandlungen ausdrücklich anerkannt.

Ich bin hiernach der Ansicht, daß zwar nicht nach dem deutschen H. G. B., wohl aber nach gem. Recht, welches hier zur Anwendung zu kommen hat, ein das Zustandekommen des Vertrags ausschließender Widerruf der Verkaufsofferte von Seiten der S. Wwe. rechtlich möglich war.

Zu 2. Diese Frage ist offenbar zum Nachtheil der Beklagten zu beantworten, indem nach ihrem eigenen Vorbringen ein den Kläger bindender Widerruf der Verkaufsofferte gar nicht vorliegt. Wenn die S. Wwe., nachdem sie die fragl. Wiese dem Kläger zum Verkauf hatte anbieten lassen, dieselbe bevor noch dieser seine Acceptation kund gegeben hatte, dieselbe einem andern Kaufliebhaber definitiv zuschlug, so documentirte diese dadurch bezüglich der Offerte an den Kläger allerdings eine Sinnesänderung, allein in dem Verkauf an sich liegt ebensowenig ein rechtlich zu beachtender Widerruf, als darin, daß Lehrer Sch., der Mandatar der S. Wittwe, in Bezug auf das Anerbieten an Kläger, von dem anderweiten Verkauf der S. Kenntniß erhielt. Ein den Kläger bindender Widerruf würde voraussetzen, daß der Entschluß der S. Wwe., die dem Kläger gemachte Verkaufsofferte nicht halten zu wollen, diesem als Adressaten kund gegeben worden wäre. Es liegt dieses nicht nur in der Natur der Sache, sondern wird auch, namentlich von folgenden Rechtslehrern ausdrücklich behauptet und ausgeführt.

Scheurl, in Iherings Jahrb. II., S. 264 und 265;
Puchta, Vorles. zu §. 251, S. 68;
Sintenis, II. S. 246 und Note 14.

Wenn man nun auch nicht mit

Bering, Arch. II. S. 270

erfordert, daß auch der Widerruf zum Bewußtsein des Acceptanten gekommen sein müsse, so muß man doch verlangen, daß der erste Schritt zur Uebermittelung des Widerrufs an den Oblaten von dem Offerenten geschehen, von Seiten dieses das Nöthige um die Revocation an

den Andern gelangen zu lassen, gethan worden ist. In dem vorliegenden Falle ist aber von der Beklagten mit keiner Silbe behauptet worden, daß die S. Wittwe Schritte gethan habe, um dem Kläger von ihrem veränderten Entschlusse Kenntniß zu geben, namentlich ihren Mandataren Lehrer Sch. beauftragt habe, den Kläger von dem anderweitigen Verkauf der Wiese zu benachrichtigen. Es kann daher auch nicht zweifelhaft sein, daß die in Frage stehende Einrede mit Recht verworfen worden ist. Der Widerruf des Mandats, der ebenfalls in der erlangten Kenntniß Sch's. von dem Weiterverkauf liegen soll, kam jedenfalls zu spät, da zu der fraglichen Zeit nicht mehr res integra war, Sch. vielmehr sein Mandat bereits vollzogen hatte.

Erk. des O.-A.-G's. in Darmstadt in S. der Wwe. des J. P. Simon in Eberstadt, jetzt deren Erben, Bekl. 2c. g. Karl Breitwieser II. zu Ober-Ramstadt, Kl. 2c. Vertragserfüllung betr., v. 10. Juli 1868. Lit. S. Conv. 59.

XVIII. Interdictum quorum bonorum.

Mitgetheilt von W. Heinzerling.

Der kinderlose 60jährige H. D. v. R. hatte am Tage vor seinem Tode vor dem Vorsteher des Ortsgerichts daselbst mit dem Bruder seiner verstorbenen Frau Joh. F., dessen Frau und Tochter einen Vertrag abgeschlossen, in welchem unter dem Bemerken, daß Joh. F., dessen Frau und Tochter ihn bisher verpflegt und sich als nahe Verwandte gegen ihn benommen hätten, erklärt war, daß er denselben sein ganzes Vermögen hiermit erb- und eigenthümlich schenken und übergeben wolle, so daß sie die besagten Vermögensstücke nach seinem Ableben sofort übernehmen, haben und behalten und damit wie mit anderem Eigenthum schalten und walten sollten, und gleichzeitig die Erwartung ausgesprochen war, daß dieselben ihn nach wie vor verpflegen würden, und für den Fall, daß die Beschenkten sich undankbar gegen ihn betragen sollten, den Widerruf der

Schenkung sich vorbehalten. Auf Grund dieses Vertrags setzte sich die Familie F. nach dem Tode des D. in den Besitz des Vermögens des Letzteren, wogegen sodann die Intestaterben mit dem interdictum quorum bonorum die Herausgabe des Nachlasses zu erlangen suchten. Auch das höchste Gericht erachtete aber dieses Rechtsmittel hier nicht platzgreiflich nachdem der Referent, dem der Correferent und das Colleg beitraten, im Wesentlichen ausgeführt hatte:

Das interdictum quorum bonorum ist mit einigen durch die Praxis eingeführten Modificationen allerdings heutzutage noch anwendbar und wird im Ganzen nach gleichen Grundsätzen wie das dem Testamentserben zustehende remedium ex lege ult. C. de edicto D. Hadriani tollendo (6. 33) behandelt. Dasselbe ist auf Einweisung in den Besitz der Erbschaftssachen gerichtet und erfordert nach heutigem Recht nur eine Bescheinigung des klägerischen Erbrechts. Es findet jedoch nach klarer Vorschrift der l. D. quorum bonorum (43. 2), wie die hereditatis petitio, nur gegen denjenigen statt, welcher pro herede oder pro possesore besitzt, also nicht gegen den Besitzer titulo singulari, wie dies ja auch nach der oben allegirten l. ult. „verb. non autem legitimo modo ab alio detinentur“ — v. Vangerow, Pand. II. S. 429 — bei dem remedium der Fall ist. Es ist dies auch allgemein in der Doctrin anerkannt, und die entgegenstehende Ansicht von Sintenis, Civilrecht III. S. 594 in der Note, welcher, mit Bezug auf eine Stelle des codex Theodosianus, es für irrelevant hält, ob Verklagter einen Titel für sich hat oder nicht, steht ganz isolirt da. Pro herede besitzt, wer sich für den wahren Erben hält und diesem wird derjenige gleichgestellt, welcher die Erbschaft von einem Andern als anmaßlichen Erben gekauft, oder dotis causa erhalten hat. L. 11 pr. l. 13 §. 4, §§. 8—10, D. de hered pet. (5. 3) von Vangerow, a. a. O. S. 403; Arndts im Rechtslexicon V. S. 212. Pro possessore besitzt derjenige, welcher gar keinen Rechtsgrund anzuführen im Stande ist, l. 11 §. 1 l. 13 pr. D. eod., und wird als solcher allerdings auch derjenige anzusehen sein, welcher eigenmächtig besitzloser Sachen des Nachlasses sich bemächtigt hat, auch wenn er aus irgend einem andern Grunde Eigenthümer zu sein behauptet. Arndts, a. a. O. S. 211; v. Vangerow, a. a. O. S. 403 u. 404.

Abgesehen von diesem Falle kann derjenige, welcher einen Titel für seinen Besitz anführt, nicht als pro possessore possidens betrachtet werden. Selbstverständlich ist bei der Frage, ob und auf welchen Titel hin der Beklagte besitze — im römischen Recht fand bekanntlich, um ihn zu einer desfallsigen Erklärung zu veranlassen, eine interrogatio in jure statt — regelmäßig dessen Behauptnng entscheidend, und muß der mit der hered. petitio, oder mit dem interdictum quorum bonorum aufgetretene Kläger abgewiesen werden, sobald Beklagter sich auf einen singulären Titel beruft, wie dies aus der oben allegirten l. 11. §. 1 verb. „qui interrogatus, cur possideat, responsus sit, quia possideo, nec contendet se heredem" und der l. 13 verb. „nec ullam causam possessionis possit decere," klar hervorgeht. Ob dieser Titel wirklich existirt und ob er giltig ist, darauf kommt im Allgemeinen nichts an und ein Beweisverfahren hierüber findet nicht statt. Diese Frage gehört, wenn es sich vom Interdict handelt, ins Petitorium, und wenn die hered. pet. erhoben worden ist, in das Verfahren über die anstatt der Erbschaftsklage anzustellende Specialklage. Nur in dem Falle wird der behauptete Titel nicht beachtet und der Beklagte pro possessore behandelt, wenn der betr. Titel an sich wirklich ungiltig, auch dies dem Beklagten bekannt und dieses Verhältniß aus dem eigenen Vorbringen desselben hervorgeht oder doch wenigstens sofort von dem Kläger liquid gestellt zu werden vermag. Dieses ist der Sinn der l. 13 §. 4 D. de H. P. (5. 3): Omnibus etiam titulus hic pro possessore haeret et quasi injunctum est. Denique et pro emtore titulo haeret, nam si a furioso emero sciens pro possessere possideo etc. In diesem Falle ist es natürlich gerechtfertigt, den Beklagten sofort als einen solchen zu behandeln, welcher keinen Titel anzuführen vermag, also die hered. petitio und das Interdict gegen ihn zu gestatten. Daß das Gesetz nur den Fall im Auge gehabt haben kann, wo die Richtigkeit des Titels klar vorliegt, ergiebt sich schon aus dem oben Bemerkten. Wollte man hier von dem Beklagten den Beweis seines Titels verlangen, so würde damit dem Berufen auf einen solchen der Charakter einer Einrede gegen die hered. petitio resp. das Interdict beigelegt werden und die Vorschrift, daß diese Rechtsmittel gegen den Besitzer titulo singulari gar

nicht stattfinden sollen, ganz inan sein, weßhalb ich auch die Entscheidung des Hofgerichts, wonach die petitorische Klage als hereditatis petitio aufrecht erhalten und das Berufen des Beklagten auf den Schenkungsantrag als eine diese Klage elidirende Einrede betrachtet worden ist, nicht für richtig halten kann. In dem vorliegenden Fall behaupten Beklagte dem erhobenen interd. quor. bon. gegenüber, daß der Erblasser ihnen durch den Vertrag vom 11. Juli 1863 sein ganzes Vermögen inter vivos geschenkt habe, und würde daher das Interdict nur dann als statthaft erscheinen, wenn schon jetzt klar vorläge, daß der Vertrag ungiltig und dem Beklagten dessen Ungiltigkeit bekannt sei. Dies läßt sich aber doch offenbar nicht behaupten. . . . . .

Der provocantische Anwalt sucht nun aber auszuführen, daß die possessorische Klage auch im Falle der Giltigkeit des Vertrags schon darum gegen die Beklagten begründet sei, weil dieselben, obgleich ihnen der Vertrag nur ein persönliches Recht gegeben habe, sich eigenmächtig in den Besitz gesetzt hätten. Diese Ansicht ist jedoch unhaltbar. Es ist zwar vollkommen richtig, daß derjenige, welchem ein vertragsmäßiges Recht auf die Tradition einer Sache zusteht, den Besitz nicht eigenmächtig ergreifen darf, sondern, wenn er dies thut, eines Delicts sich schuldig macht, l. 5 l. 33 D. de acquir. poss. (41. 2), es ist ferner, wie wir oben gesehen haben, richtig, daß derjenige, welcher eigenmächtig den Besitz von Nachlaßgegenständen ergreift, in Bezug auf die hered. petitio als possessor pro possessore betrachtet wird, auch wenn er ein Recht auf diese Gegenstände haben sollte. Allein angenommen auch, es könne ein solcher Besitzer auch mit possessorischen Rechtsmitteln belangt werden, was v. Vangerow a. a. O. mit dem Bemerken bestreitet, daß hier die hered. petitio die possessorische Klage vertrete, so würde gleichwohl die provocantische Argumentation nicht stichhaltig sein, weil sie auf der falschen Prämisse beruht, daß Beklagte bei der Besitzergreifung eigenmächtig gehandelt hätten. . . . (Der Vertrag enthalte nicht blos ein Schenkungsversprechen, sondern die Erklärung, daß der Schenker übergeben wolle &c. Diese Erklärung habe dem Donatar das Recht gegeben, nach dem Tode des Schenkers die Gegenstände der Schenkung in Besitz zu nehmen. &c.) Wenn Anwalt weiter behauptet, daß von

einem singulären Titel nicht die Rede sein könne, wenn dieser Titel auf die ganze Erbschaft sich erstrecke, so übersieht derselbe, daß die Schenkung stets nur einen singulären, niemals einen universellen Titel bilden kann, indem, auch wenn die Schenkung das ganze Vermögen des Schenkers umfaßt, dieses Vermögen doch nicht als universitas, sondern nur als ein Complex von Einzelheiten in Betracht kommt. Daß die Gesetze denjenigen, welcher die Erbschaft von einem possessor pro herede gekauft hat, als possessor pro herede angesehen wissen wollen, obgleich der Kauf als ein singulärer Titel erscheint, hat seinen Grund darin, daß der Erbschaftskäufer im Ganzen und Wesentlichen als Erbe behandelt wird, auch durch das Berufen auf den Kauf von einem anmaßlichen Erben das Erbrecht des wahren Erben bestreitet, weshalb er sowohl bezüglich der hered. petitio, als des interd. quor. bonorum, welches als eine provisorische Erbschaftsklage erscheint, passiv zur Sache legitimirt ist. Eine analoge Anwendung dieser Vorschrift auf den Fall, wo der Besitzer die Nachlaßobjecte von dem Erblasser selbst geschenkt erhalten haben will, ist natürlich durchaus unstatthaft.

Erk. des O.-A.-G.'s in Darmstadt in S. des Ludwig Diehl I. v. Oberohmen und Cons. Kl. 2c. g. Johannes Finkernagel, dessen Ehefrau und Tochter zu Ruppertenrod, Erbschaft betr. v. 8. April 1865. Lit. D. Conv. 15.

C. Miscellen.

I. Ist ein Kauf, wobei die Lieferung in „nächster Woche" bedungen, als ein s. g. Fixgeschäft zu betrachten?

Mitgetheilt von Herrn Justizrath Dr. Kritzler in Darmstadt.

Es hatte Beklagter auch vorgeschützt, daß, da das vorliegende Haferlieferungsgeschäft, weil die Lieferung in der fest bestimmten Frist: „nächste Woche" habe geschehen sollen, als ein s. g. Fixgeschäft zu betrachten wäre, der Verkauf durch Selbsthülfe des Verkäufers vom 27. August nicht nicht als für Rechnung des Käufers geschehen angesehen werden könne, indem der Verkauf nicht in Gemäßheit des Art. 357 des Deutschen Handelsgesetzes unverzüglich nach Ablauf der Lieferungszeit — 13. August 1870 —, sondern erst 14 Tage später — 27. August 1870 — erfolgt sei. Auch dieser Einwand wurde vom deutschen Reichsoberhandelsgericht verworfen und dabei bemerkt: In zahlreichen Urtheilen dieses Gerichtshofs (conf. Entscheidungen des R.=O.=H.=Gerichts, Bd. 6, pag. 20 und 21) sei ein engerer Begriff des Fixgeschäftes festgestellt worden. Es könne nicht zweifelhaft sein, daß darnach die Vertragsbestimmung: „daß in nächster Woche zu beziehen und zu bezahlen sei", zum Begriff des Fixgeschäfts nicht ausreiche. Weitere thatsächliche Momente aber, welche darauf schließen ließen, daß nach der Intention des Paciscenten die Lieferungsfrist eine absolut wesentliche im

Sinne jener früheren Entscheidungen habe sein sollen, seien vom Verklagten überall nicht behauptet worden.

Entsch. R.-O.-H.-G's. vom 15. Febr. 1873 in S. Ph. Sch. in Breslau g. M. M. in Darmstadt.

II. Ueber die Grundlagen einer Expertise.

Mitgetheilt v. Herrn Landgerichts-Assessor **Hallwachs** in Zwingenberg.

Müller H. hatte den Gerber M. verklagt, weil dieser durch Einhängen von Häuten in den Mühlgraben Stauwasser für die Mühle verursache und deren Betrieb erschwere, und den ihm auferlegten Beweis unter Anderem durch Augenschein und eine Expertise angetreten, durch welche begutachtet werden sollte, in welcher Anzahl der Geschäftsbetrieb des Beklagten das Einhängen von Häuten nothwendig mache, wie lang dieselben eingehängt werden müßten, und daß das Einhängen überhaupt, oder doch von wie viel Häuten je nach dem Wasserstand und der Jahreszeit Stauwasser in dem Bach und in welchem Grad zum Nachtheile der Mühle erzeuge. Bei Feststellung der Instruction für die Experten entstand Streit darüber, ob und inwieweit diese befugt seien, Einsicht der inneren Räume und Einrichtungen der Gerberei des Beklagten zu nehmen und durch Erkundigungen die Produktion, den Absatz und die Gehülfenzahl des Beklagten zu ermitteln. In dem bei Großh. Oberappellationsgericht in Darmstadt erstatteten Gutachten erhielten folgende Sätze Ausdruck und die Zustimmung des Collegs:

1. **Der Producent ist nur dann verpflichtet, gerichtlichen Augenschein der inneren Räume und Einrichtungen seines Geschäfts oder Einsicht derselben zur Vornahme einer Expertise zu gestatten, wenn das Innere des Geschäfts Streitgegenstand ist, oder die Voraussetzungen einer actio ad exhibendum vorliegen.**
2. **Die Experten sind befugt, ihrem Gutachten notorische Thatsachen, insbesondere lokale**

Offenkundigkeit zu Grunde zu legen und zu deren Ermittlung Erkundigungen einzuziehen.

Erkenntnisse des OAG's. zu Darmstadt v. 9. Sept. 1872 in S. des Müllers F. Heckmann g. Gerber Ph. F. Müller von Bensheim, Einlegung von Häuten in den Mühlbach betr. N. Jud. 109 und 110. —

III. Herabsetzung der Zeitdauer der Scheidung von Tisch und Bett als minus der erbetenen Scheidung vom Bande ohne ausdrückliche desfallsige Beschwerde verfügt.

Mitgetheilt von W. Heinzerling.

In zweiter Instanz war auf Scheidung der Ehegatten von Tisch und Bett auf zwei Jahre erkannt, hiernächst aber in höchster Instanz querulirt worden, daß nicht, wie primär gebeten, auf Scheidung vom Bande judicirt worden sei. Eine eventuelle Beschwerde auf Herabsetzung der Zeitdauer war nicht gestellt. Das höchste Gericht erkannte zwar eine Scheidung vom Bande für nicht gerechtfertigt, setzte aber die Zeit der Scheidung von Tisch und Bett auf ein Jahr herab, da die Ehegatten ohnehin schon sechzehn Jahre getrennt gelebt hätten, factisch also die Scheidung so lange bestehe.

Erk. des O.-A.-G's. in Darmstadt in S. des Metzgers Arnheiter in Darmst., Kl., w. seine Ehefrau, Bekl., Ehescheidung betr., v. 10. Juli 1828.

IX.

Welchen Einfluß hat ein rechtskräftiges Erkenntniß, das den Verklagten nur zur Zahlung eines Capitals verurtheilt ohne der Zinsen zu erwähnen, auf die Forderung von vorbedungenen und von Verzugszinsen dieses Capitals, wenn Zinsen mit eingeklagt waren und wenn sie nicht mit eingeklagt waren, nach gemeinem Rechte?

Ein Beitrag zur Lehre von der res judicata.

Von
Herrn Albert Westerburg,
Kreisrichter in Brilon in Westfalen.

(Fortsetzung.)

D. Klassische Zeit.

§. 11. a) Das Wesen der sogenannten Proceßconsumtion.

Man ist im Allgemeinen darüber einverstanden, daß im klassischen Rechte die sogenannte Proceßconsumtion in der Weise bestand, daß ein Klageanspruch, der einmal bis zur Litiscontestation, geschweige denn bis zur res judicata durchgeführt war, nicht mehr klageweise durchgeführt werden konnte. Auch darüber, daß diese sogenannte Consumtion —

also der Ausschluß der zweiten Klage — theils ipso jure, theils ope exceptionis (rei in jud. ded., bezw. rei judicatae)[1]) eintrat, sowie über die von Gajus genau beschriebenen Fälle, in welchen die eine oder die andere Art der Consumtion eintrat [2]) besteht kein Streit. Nicht so allgemein anerkannt ist der Begriff dessen, was eigentlich consumirt wird. Wenn auch schon Keller nicht die formelle Klage, sondern den materiellen Klageanspruch consumirt werden ließ, blieb er doch im Großen und Ganzen bei der Beschränkung auf den Klageanspruch stehen. Dagegen hat die neuere Schule gründlich dargethan, daß nicht blos die materielle actio, sondern der materielle Anspruch überhaupt — die res in diesem Sinne — einerlei in welcher processualischen Form sie erscheint, consumirt wird. Dieser Begriff der res [3]) entwickelte sich freilich nur allmählig. Während man im älteren Rechte, wo ja auch in der That Anspruch und Klage processualisch meist zusammenfielen, allerdings in der engen Anschauung begriffen blieb, daß nur dieselbe actio nicht zweimal angestellt werden dürfe, wurde erst mit der feineren Ausbildung des Rechtes allmählig klar, daß auch bei Verschiedenheit der Actionen dieselbe res vorliegen könne. [4]) Nur ein Schritt weiter auf diesem

---

[1]) Es ist aber wesentlich immer nur die eine Exception, welche je nach dem Stadium des früheren Processes diesen oder jenen Namen führt.

[2]) Um so mehr Streit besteht über den Grund des Unterschiedes cf. einerseits Keller, L. C. und Urtheil 127. Civilproceß 711. Windscheid, actio 51 und andererseits Puchta I, 18. Bekker 280. Die letztere Ansicht scheint mir immerhin vorgezogen werden zu müssen.

[3]) Bekker hat zuerst den Begriff der res nachgewiesen; seine Ausführungen wurden wesentlich vervollständigt durch Dernburg (Windscheid und Brinz).

[4]) Diese allmählige Heraushebung und Feststellung des Begriffes der res ist sehr interressant geschildert von Bekker in §. 21

Wege war die Annahme der Consumtion auch bei Ansprüchen, welchem ein Beklagter in einem früheren Processe exceptionsweise geltend gemacht hatte. [5]) Doch knüpften die römischen Juristen hier aus begreiflichen Gründen die Consumtion erst an das Urtheil, nicht schon an die L.-C., und war deshalb z. B. die Compensation als solche nicht zugelassen worden, also über den Compensationsanspruch nicht erkannt, so galt der letztere nicht als consumirt. Andererseits kann aber auch ein in einem früheren Processe geltend gemachter Anspruch nicht mehr als Eintrede vorgebracht werden, es steht ihm die replica rei judicatae entgegen und nur die Besonderheit ist zu beachten, daß auch hier erst die wirkliche res judicata diese Wirkung hatte, während die Geltendmachung eines bloß bis zur L.-C. verfolgten Anspruchs im Wege der Compensation noch gestattet war.

Als schließliches Resultat für das klassische Recht ergibt sich also die Regel: Ein abgeurtheilter Anspruch darf nicht von Neuem zum Gegenstand gerichtlicher Verhandlung gemacht werden und ein Klageanspruch darf schon dann nicht mehr eingeklagt werden, wenn nur lis über ihn contestirt ist.

---

seines Werkes. Dieselbe spiegelt sich drastisch ab in den Worten des nicht juristischen Schriftstellers Quintilian (instit. or. VII, 6): „Solet et illud quaeri, quo referatur, quod scriptum est, de eadem re ne bis sit actio, id est hoc bis, an ad actorem an ad actionem.“ cf. Keller l. c. Bekker 266. Der Letztere emendirt glücklich: an ad actam rem.

5) Excipiendo reus fit actor. — Die Anwendung der Regel auf die Ansprüche des Beklagten und den Umfang dieser Anwendung machen die meisten Schwierigkeiten. Bekker, der sich immer noch viel zu viel an die Worte: „de eadem re ne bis sit actio“ hält, sucht die Ansprüche des Beklagten als in der Klage enthalten hinzustellen. Dieser, ich möchte sagen, spiritualistische Versuch ist indessen mit Recht allgemein zurückgewiesen worden. Richtig Dernburg 350 ff. Windscheid 86 cf. auch unten §. 15.

Ueber den Grund und das Wesen dieser sog. Consumtion herrscht nun, wie bereits oben bemerkt, großer Streit, indem die Einen eine Novation, bezw. einen der Novation materiell gleichen indirecten Untergang der Forderung durch die L. C. bez. das Urtheil, annehmen, während die Anderen diese Novation sowie die ihr gleichgestellte indirekte Wirkung verwerfen. Die Entscheidung dieser Frage könnte nun zwar für unsere spezielle Frage gleichgiltig erscheinen, ist aber in Wirklichkeit von erheblicher Bedeutung für dieselbe. Zuerst von mittelbarer, da mit der leicht nachzuweisenden Nichtexistenz einer novirenden Wirkung des Urtheils im Justin. Recht auch die negative Wirkung des Urtheils als weggefallen gelten müßte, wenn man dieselbe nur als Folge der Novation bez. des materiellen Unterganges der Forderung anzusehen hätte;[6]) sodann aber auch von unmittelbarer, zwar nicht für diesen, wohl aber für den folgenden Abschnitt, da mit dem Untergang der Hauptforderung selbstverständlich auch der Lauf der ursprünglichen Zinsen vom Urtheile an aufhören müßte.

Meines Erachtens ist nun durch die vorzüglichen Untersuchungen von Bekker, Dernburg, Brinz und theilweise von Windscheid der nicht mehr anzuzweifelnde Beweis erbracht, daß eine novirende Wirkung der L. C. oder des Urtheils, sowie überhaupt ein materieller Uebergang der Forderung durch L. C. oder Urtheil niemals bestanden haben, und daß die Unmöglichkeit der erneuten Geltendmachung eines abgeurtheilten bez. in litem deducirten Anspruchs lediglich und unmittelbar auf dem Satze beruht, daß über einen Anspruch (res) nicht zweimal verhandelt werden solle (de eadem re ne bis sit actio). Eine Darstellung des ganzen bei dieser Controverse zur Sprache kommenden Materials würde mich zu weit führen; ich beschränke mich deßhalb

---

[6]) Wächters Beweisführung beruht wesentlich auf dieser Argumentation.

auf die Hervorhebung des Wesentlichsten von dem, was gegen die Novationstheorie spricht und verweise im Uebrigen, sowie bezüglich des positiven Satzes, daß die Maxime „de eadem re ne bis sit actio" die entscheidende ist, auf die Ausführungen jener Schriftsteller.

Eine eigentliche Novation wäre offenbar nur **denkbar** innerhalb des beschränkten Kreises der Fälle, bei welchen die Consumtion ipso jure eintrat.

Betrachten wir hier zunächst die Wirkungen der Litiscontestation.

Wäre durch dieselbe die ursprüngliche Forderung vernichtet worden, so hätte, wie Bekker pag. 279 durchaus nicht spitzfindig[7]) hervorhebt, der Richter immer absolviren müssen. Aber auch andere materielle Gründe schließen diese Annahme aus. Aus der Fortdauer des Pfandrechtes nach der L. C. läßt sich zwar, wie Windscheid pag. 55 richtig bemerkt, kein Argument für die Fortdauer der Obligation ableiten, weil das Pfandrecht trotz seiner allgemeinen accessorischen Natur die ursprüngliche Forderung überdauern kann.[8]) Andererseits läßt sich freilich aus der Consumtion der Bürgschafts- (fidejussio) und Correalobligation durch die L. C. über die Haupt- (bez. Correal-) Forderung ebensowenig auf eine Novation schließen; denn diese Consumtion tritt nur ein, weil die res (Keller sagt noch die intentio) beider Ansprüche objectiv identisch ist. Dagegen spricht aber sehr entschieden **gegen** die Annahme einer Novation der

---

[7]) So nennt es **Keller**, Civilpr. 2. Ausg. pag. 705.

[8]) cf. **Windscheid**, Pand. §. 225 Nr. 2 bis Schluß §. 249 Nr. 1. **Brinz**, Pfandr. §. 78, 82. **Bekker**, Jahrbücher des gemein. Rechts IV., 417 ff. Die Annahme des Fortbestandes einer naturalis obligatio ad hoc („remanet propter pignus obligatio") ist nur ein doctrinärer Nothbehelf der betr. Juristen. cf. hierüber sowie über die historische Beziehung dieser Entwicklung des röm. Pfandrechts zu der Formel der actio Serviana bes. **Windscheid** citt.

Fortlauf der Zinsen[9]), sowie der Fortbestand der Privilegien der alten Forderung auch nach der L. C. Hiermit ist die Annahme einer Novation unverträglich; denn die letztere hebt ja die alte Obligation auf und setzt an ihre Stelle eine neue, wenn vielleicht auch aus demselben Stoff gebildete Forderung; und wenn man die Novation durch die Annahme aufrecht zu erhalten gesucht hat, daß die novirte Forderung noch naturaliter fortbestehen bleibe, so gibt man eben durch diese Annahme nach einer anderen Seite wieder die Novation auf, da diese ihrer Natur nach die alte Obligation gänzlich aufheben muß.

Ebensowenig kann aber von einer novirenden Wirkung des Urtheils die Rede sein. Es wird ziemlich allgemein zugegeben, daß die negative Wirkung des Urtheils nach R. R. materiell identisch ist mit derjenigen der L.-C., insofern die letztere überhaupt schon consumirende Kraft hat; und die Anhänger der Novationstheorie behaupten sogar meistens, daß durch das Urtheil nur die an die Stelle der ursprünglichen Obligation getretene bedingte Obligation purificirt werde. Mit der novirenden Wirkung der L. C. fällt also auch von selbst diejenige des Urtheils. Aber auch abgesehen davon und wenn man sogar, um dieser Consequenz zu entgehen, mit Keller eine neue, erst durch das Urtheil herbeigeführte Novation annehmen wollte, so würde diese letztere doch nicht erweislicher werden. Zwar hört mit dem Urtheil nach römischem Rechte eine Zeitlang der Zinsenlauf auf; aber dies beruht durchaus nicht auf einer novirenden Kraft des Urtheils, sondern auf ganz anderen, an sich unjuristischen Gesichtspunkten.[10]) Die Annahme einer Novation wird aber auch hier dadurch ausgeschlossen, daß die Privilegien der alten Forderung, sowie die privilegirten Einreden gegen

---

9) L. 35 D. de usur.

10) Wächter, Erört. III. 48. Windscheid, actio 116, 117.

dieselbe fortdauern [11]), daß der verurtheilte morose Schuldner sogar während der Judicatsfrist Früchte und Verzugszinsen leisten muß [12]) und daß — ein Hauptmoment — der erst während des Processes für den Beklagten eingetretene Bürge auch nach dem Urtheil weiter haftet. [13])

Wenn nun hiernach schon bei der ipso jure eintretenden sog. Consumtion ein Untergang der Forderung durch die L.-C. oder durch das Urtheil nicht angenommen werden darf, so ist vollends die Annahme eines solchen in den zahlreichen Fällen, wo die Consumtion nur ope exceptionis geltend gemacht werden konnte, eine civilistische Unmöglichkeit. Die Keller'sche Schule, welche hier selbstverständlich von einer formalen Novation absieht, aber einen indirecten Untergang von materiell ganz gleichen Wirkungen statuirt, stellt sich, abgesehen von allen anderen Gegengründen, in absoluten Widerspruch zu dem Wesen der Einreden. Eine Einrede setzt nämlich nach richtiger Theorie ihrem Begriffe nach den Fortbestand der Forderung, gegen welche sie gerichtet ist, voraus; sie ist die Behauptung eines selbstständigen Gegenrechts, eines Hindernisses, welches die Wirksamkeit des an sich (ipso jure) noch bestehenden Anspruchs aufhebt. [14]) Der Anspruch wird also erst durch den Gebrauch der Exception elidirt und diese selbst kommt erst im zweiten Processe vor. [15]) Von einem

---

[11]) l. 33. pr. D. de don., l. 11. D. de SC. Maced.

[12]) l. 3 pr. D. de usur. Windscheid 116.

[13]) l. 8 §. 3 D. de fidejuss.

[14]) Savigny, Syst. V., §. 226 ff. Wächter, Hdbch. II., 495 ff. Es ist auffallend, daß diese Schriftsteller, welche sonst den materiellen Unterschied der Aufhebung ipso jure und derjenigen ope exceptionis so sehr betonen, denselben hier ganz ignoriren.

[15]) Auf diesen ganzen, m. E. wesentlichsten Gesichtspunkt hat erst Brinz, Pand. §. 45 mit der ihm eigenen Energie hingewiesen.

der Novation auch nur materiell gleichen Untergange durch Forderung durch die L. C. oder durch das Urtheil kann also nicht die Rede sein.

Ist aber nun hiernach die Annahme einer Novation oder eines novationsähnlichen Unterganges der Forderung entschieden abzuweisen, so läßt sich doch andererseits nicht verkennen, daß da, wo die Consumtion ipso jure eintrat, eine gewisse Aehnlichkeit mit derselben vorlag, und daß die römischen Juristen auch häufig auf diese Aehnlichkeit anspielten [16]), wenn sie auch freilich keine practischen Consequenzen aus derselben zogen. Davon, daß überhaupt jener falsche Vergleich entstehen konnte, trägt aber — und hierauf ist noch von keiner Seite mit dem gehörigen Nachdruck hingewiesen worden — die Schuld die m. E. hier fehlerhafte Structur des römischen Rechtes selbst. Es war eine Inconsequenz des r. Rs., daß es in den gedachten Fällen die Consumtion ipso jure eintreten ließ. Dieses „ipso jure" sollte zwar zunächst nur den processualischen Sinn haben, daß der Richter auf die Proceßconsumtion Rücksicht nehmen konnte, ohne daß dieserhalb eine besondere exceptio in die Formel hätte inserirt werden müssen. Aber es mußte sich auch ebensosehr die materielle Bedeutung hieran anknüpfen, daß der Anspruch vernichtet, also sofort und nach jeder Richtung erloschen sei. Dies Letztere paßt aber hier entschieden nicht. Der Anspruch lebte in jeder andern Richtung fort, ja kam gerade erst durch die actio zu seiner Verwirklichung und nur seiner späteren nochmaligen Geltendmachung stand die frühere Geltendmachung im Wege. Dieser

[16]) Keller, pag. 88 ff. Die erheblichsten sind Gaj. III, 180, 181. l. 29 de novat. (welche übrigens jede praktische Verwerthung der Aehlichkeit ausdrücklich zurückweist) und die Anspielung in l. 3 C. de us. rei jud.

materiellen Seite der Sache entsprach somit processualisch nur die Exception.

In der That war aber auch, was gewöhnlich ebenfalls nicht gehörig betont wird, der Umkreis der Fälle, in welchen die L. C. ipso jure wirkte, schon im klassischen Rechte ein äußerst beschränkter und mußte sich mit der geographischen Ausdehnung des Reiches, der Abstreifung des civilen (städtischen) Charakters des Rechtes und der Entwicklung der prätorischen Justiz immer mehr auf ein Minimum reduciren. Nach Aufhebung des ordo judiciorum vollends konnte von einem legitimum judicium keine Rede mehr sein, die ganze ipso jure eintretende Wirkung der Litiscontestation und des Urtheils war nun also thatsächlich beseitigt und an eine eigentliche Novation ist daher schon deshalb für das spätere Recht nicht zu denken. [17]

b) Extensiver Umfang der Proceßconsumtion im Allgemeinen.

§. 12.

Die exceptio rei in judicium deductae, bezw. rei judicatae greift Platz, sobald dieselbe res (derselbe Anspruch) nochmals vorgebracht wird. Und zwar wird zur Begründung derselben subjective und objective Identität der beiden Ansprüche vorausgesetzt (idem corpus, eadem causa petendi, eadam conditio personarum). Die Frage, inwiefern eine solche anzunehmen sei, ist indessen hier im Allgemeinen nicht weiter zu erörtern. Vielmehr interessirt

---

[17]) Es ist auffallend, daß Wächter bei seiner Bestreitung der Novation des Urtheils im Justin. R. von diesem Argumente keinen Gebrauch macht. — Da im späteren Rechte also bloß noch von der exceptionsweisen Geltendmachung der Proceßconsumtion die Rede sein kann, soll in der folgenden Darstellung regelmäßig auch nur von dieser gehandelt werden.

uns für unseren speciellen Zweck nur die eine Frage, in welchem äußerem Umfange die durch die exceptio rei in jud. ded., bezw. rei judicatae bewirkte Consumtion bei einem im Wege der Klage verfolgten persönlichen Ansprüche eintritt.

Auf den ersten Blick könnte es scheinen, als sei ein Zweifel hierüber gar nicht möglich und als müsse es sich von selbst verstehen, daß ein Anspruch ebensoweit consumirt werde, als er geltend gemacht sei.

Es bestehen jedoch folgende Bedenken:

Zunächst kann ein Anspruch in einem solchen materiellen Verhältnisse zu dem in judicium deducirten Anspruche stehen, daß er nur als Nebenbestandtheil desselben anzusehen ist. Dies gilt, wie wir früher gesehen haben, besonders von dem Anspruch auf accessorische Zinsen in seinem Verhältnisse zur Hauptforderung. Aus dem materiellen Verhältnisse zwischen beiden Ansprüchen wird sich also mit Nothwendigkeit ergeben müssen, daß durch die Consumtion des Hauptanspruches auch immer der (auch nicht eingeklagte) Nebenanspruch eo ipso mitconsumirt wird.

Aber auch darüber hinaus wäre ein materieller Zusammenhang des Anspruchs und bezw. der Ansprüche aus einer Obligation in der Weise denkbar, daß mit der Consumtion des einen Theiles, bezw. des einen Anspruchs, auch die andern von selbst mitconsumirt wären. Auf die Annahme eines solchen Zusammenhangs könnte man um so eher geführt werden, als bekanntlich der Anspruch aus einer Obligation mit der letzteren potentiell identisch ist; wäre also eine strenge Einheit der Obligation anzunehmen, so müßte folgerichtig auch nur ein Anspruch aus der Obligation bestehen können und dieser so streng einheitlich sein, daß eine auch nur theilweise Geltendmachung desselben gegen die spätere Restforderung die exceptio rei in jud. ded. oder rei jud. begründen müßte.

Zu diesen materiellen Bedenken kommt folgendes formale:

Wenn schon nach heutigem Proceßrechte bei unklarem Klagepetitum oder mangelhafter Substantiirung der Klage der Umfang des wirklich geltend gemachten Anspruchs zweifelhaft sein kann, so gilt dies in wesentlich erhöhtem Maße für das klassische Recht, welches keine Klageschrift im heutigen Sinn mit bestimmtem Klagepetitum kannte, sondern in welchem der ganze Inhalt der actio in die knappe stehende Formel gepreßt wurde. [1]

Zweifel konnte hier allerdings nicht entstehen bei den Condictionen auf ein certum: und zwar gewiß niemals bei condictiones im engen Sinn, also bei Condictionen auf eine bestimmte Summe Geldes, bei welchen intentio wie condemnatio immer genau bestimmt (certae) waren, aber wohl auch regelmäßig nicht bei den sog. condict. triticariae (Savigny, Syst. V, 612), wo zwar die condemnatio unbestimmt (quanti ea res est), die intentio aber ebenfalls bestimmt war. Auch der etwaige Umstand, daß die letztgenannte Condiction mehrere Objecte umfaßte, oder daß die condictio certi im engeren Sinn nur auf einen Theil des geschuldeten Geldes gerichtet wurde, konnte hier keine Schwierigkeiten machen. Nach einem bekannten Rechtsgrundsatze waren tot obligationes quot res, und durch die Klage auf das eine von mehreren Objecten oder auf die Hälfte des Geldes konnte also der Anspruch auf das andere Object oder die andere Hälfte nicht berührt werden.

Um so schwieriger lag die Sache bei den sämmtlichen condictiones incerti im weiteren Sinne, also besonders bei den eigentlichen condictiones incerti und den actiones bonae

---

[1]) cf. die ausführlichen Untersuchungen in den zwei Hauptwerken von Keller und Bekker sowie bei Windscheid (actio) und Savigny (VI. Bd.)

fidei. Denn hier wurde der Richter nach einer vorherigen (regelmäßigen) Beschreibung des Rechtsverhältnisses in der demonstratio einfach angewiesen, auf Alles zu condemniren, „quidquid ob eam rem N. N. A. A. ex bona fide dare facere oportet." [2]) Was konnte und mußte aber nicht Alles in diesem „quidquid" enthalten sein?

Es liegt zur Beseitigung aller dieser Zweifel Nichts näher, als sich nach einem äußeren Kennzeichen umzusehen, durch welches etwa der Umfang der Consumtion in jedem einzelnen Falle bestimmt werde.

Keller [3]) hat in der That die allgemeine Regel aufgestellt, daß der objective Umfang der Consumtion durch die intentio bestimmt werde; denn diese enthalte den eigentlichen Klageanspruch, das desiderium des Klägers, und der Inhalt der intentio sei deshalb gerade das, was consumirt werde. Indessen muß Keller selbst von dieser Regel so viele Ausnahmen machen (bei allen dinglichen Klagen, bei allen Klagen mit formula in factum concepta, gerade bei den Klagen mit incerta intentio 2c. 2c.), daß man von einer Regel nicht mehr sprechen könnte, oder dieselbe wenigstens gar keinen practischen Werth mehr hätte, da sie ja gerade das nicht geben würde, was sie geben soll — einen äußeren Maßstab.

Die Regel ist aber auch falsch. Direct gestützt konnte sie nur werden auf Gaj. IV., 131 in der Göschen'schen Lesart (totius illius juris obligatio ita concepta actione ... per intentionem consumitur). Es ist aber wohl jetzt kein Zweifel mehr darüber, daß diese Lesart falsch ist und man

---

[2]) Bekker löst wie mir scheint richtig auf: „si quid ob eam rem dare facere oportet" (intentio), quidquid idest, condemna (condemnatio)." Hiergegen ist freilich großer Widerspruch erhoben worden.

[3]) Litiscontestation und Urtheil 244.

mit Rudorff lesen muß: ... per litis contestationem consumitur. [4])

Außerdem ist aber auch gar nicht wahr, daß die intentio als solche den klägerischen Anspruch enthalte. Vielmehr enthält dieselbe nur das klägerische Recht, aus dem der klägerische Anspruch (die res) folgt, und man kann deshalb von ihr so wenig sagen, daß sie den Anspruch enthalte, als man dies von der demonstratio behaupten könnte, aus welcher ebenfalls der klägerische Anspruch mit abzuleiten ist. [5])

Die Keller'sche, freilich noch herrschende Ansicht ist also zu verwerfen. Dagegen ist richtig als äußere Regel, was Bekker. pag. 54 ff. behauptet.

Ausgehend davon, daß an sich nur das consumirt werde, was wirklich in judicium deducirt worden sei, stellt nämlich Bekker für die Fälle, wo der Umfang dieser in judicium deductio ungewiß ist, den Grundsatz auf, daß jeder Anspruch des Klägers an den Beklagten, welcher aus dem in der intentio behaupteten Rechte überhaupt hergeleitet werden könne, als Gegenstand der Klage und also der Consumtion zu betrachten sei, sobald nicht etwas durch die Formel ausdrücklich (nominatim l. 61 D. de jud.) ausgenommen sei.

Diese Bekker'sche Regel findet überall Anwendung, insbesondere auch bei den Obligationen auf ein incertum. Ist hieraus die Klage erhoben, so wird dadurch nach klassischem Rechte Alles, was aus dem in der intentio behaupteten Rechte als Anspruch abgeleitet werden kann, also Alles, was

---

[4]) Bekker, pag. 20.

[5]) Bekker, 19, 20, 37 ff. Die Stelle Gaj. IV, 71 wird, wie mir scheint, auch grammatisch richtiger, von Bekker dahin emendirt, daß intentio est ea pars formulae, ex qua actor desiderium suum concludit.

der Beklagte hieraus schuldet, in judicium deducirt und consumirt, insoweit es nicht durch die Formelworte ausdrücklich ausgenommen ist. (Gaj. IV., 131.)

Ja man ging hierin soweit, daß man bei einer Obligation, welche mehrere zu verschiedenen Zeiten fällige Prästationen umfaßte und eben deshalb als eine incerta obligatio galt, durch Erhebung der Klage auf die fälligen Prästationen alle nicht-fälligen Ansprüche consumirt werden ließ, falls die Klage nicht durch eine ausdrückliche, in die Formel eingerückte Präscription auf das Fällige beschränkt wurde. (Gaj. IV., 130, cf. auch l. 1 C. de jud.)

Ueber den eigentlichen Grund dieser letzteren Regel herrscht jedoch in der Literatur ein großer Streit und es knüpft sich an die Betrachtung desselben gewöhnlich die Entwicklung der ganzen Lehre über den extensiven Umfang der Consumtion überhaupt.

Früher, so lange man annahm, daß der Inhalt der intentio consumirt werde und also die intentio den Maßstab der Consumtion abgebe, war man zunächst geneigt, auch die nicht fälligen Prästationen als in der intentio mitenthalten anzunehmen und so den vorliegenden Fall mit jener allgemeinen Regel in Einklang zu setzen.

Keller (513 ff.) hat jedoch selbst in ausgezeichneter Weise bewiesen, daß die Worte quidquid dare facere oportet nur auf die fälligen Prästationen bezogen werden könnten. Er hat dies besonders gegen Dupont dargethan und hierbei mit einer vielleicht einzig dastehenden Schärfe und Eleganz aus einer Stelle bei Cicero (de orat. I. 36, 37) nachgewiesen, daß sogar schon dieser nicht-juristische Schriftsteller auf die absurden Consequenzen hingewiesen hat, welche sich aus der von Dupont vertheidigten Annahme ergeben müßten. Zwar hat Buchka [I, 31] später, nicht ohne Geschick, den Versuch gemacht, die alte Ansicht wieder zur Geltung zu bringen; aber Keller hat bei der Recension des Buchka'schen

Werkes (in der Halle'schen Literaturzeitung, Jahrgang 1846) „mit überlegener Schärfe" die Unrichtigkeit der Buchka'schen Deductionen nachgewiesen und gezeigt, daß dieselben auf der offenbar falschen Grundauffassung beruhen, als sei der primäre Zweck der condemnatio (der formula) der, das Maß der Consumtion zu bezeichnen, während derselbe doch offenbar zunächst nur den Umfang der Verurtheilung bezeichnen will.

Keller selbst löst die Schwierigkeit, welche er auf formellem Wege nicht zu beseitigen vermag, durch die Annahme der materiellen Einheit der Obligation. Nach ihm (Litisc. und Urtheil §. 83) sind nach der Auffassung des kl. r. Rs. die verschiedenen einzelnen Forderungen, welche aus der Hauptobligation als aus ihrer gemeinsamen Quelle entspringen, nicht selbstständige Rechtsverhältnisse mit getrennten Klagen, sondern bloße Verzweigungen von jener und als solche auch nur mit der einzigen hieraus entstehenden Gesammtklage verfolgbar; diese aber begreift die sämmtlichen rechtlichen Folgen der ganzen Obligation und wird daher durch die einmalige Anstellung sammt ihrer Grundlage für alle Zukunft consumirt. [6])

Nach der Auffassung der intentio, wie sie von Bekker geltend gemacht wird, und der von ihm aufgestellten formellen Regel für die Auffindung des Umfanges der Con-

---

[6]) Die Ansicht von der untheilbaren Einheit der unbestimmten besonders der zweiseitigen Obligationen ist besonders von Liebe (Stipulation §. 19 ff.) weiter ausgeführt worden. Derselbe geht soweit, daß er auch alle Ansprüche der Beklagten aus einer solchen Obligation als mit den Klageansprüchen untrennbar verwachsen und durch die Klage als in judicium deducirt annimmt. cf. hiergegen z. B. Buchka I, 45 ff. — Mit dieser Auffassung steht die besonders von Keller für die exceptio non adimpleti contractus geltend gemachte Theorie der sog. synallagmatischen Natur der zweiseitigen Obligation in nahem Zusammenhang.

sumtion fallen nun zwar die oben angedeuteten, früher so lebhaft erörterten formellen Bedenken gegen die Consumtion der noch nicht fälligen Prästationen weg.

Dagegen bleibt nicht nur 'für diesen speciellen Fall, sondern überhaupt die Frage bestehen, aus welchem inneren Grunde jener erweiterte Umfang der Consumtion eintrat.

Keller beruft sich dafür, wie wir gesehen, auf die von ihm behauptete Einheit der Obligation. Bekker (73 ff. 54 ff.) [7]) verwirft dagegen jene Keller'sche Idee der Einheit einer solchen Obligation als durchaus unrichtig, stützt den erweiterten Umfang der Consumtion lediglich auf die Proceßformen, besonders die Allgemeinheit der Formel: quidquid dare facere oportet, und stellt somit jene von ihm aufgestellte äußere Erkennungsregel auch als einzigen Grund des erweiterten Umfangs der Consumtion hin.

Gerade für unsere specielle Frage ist nun die soeben angeregte Streitfrage von großer Erheblichkeit.

Bestände nämlich der Grund der erweiterten Wirkung der Consumtion lediglich und überall nur in den processualischen Formen des klassischen Rechts, so müßte mit diesem selbst auch jener erweiterte Umfang der Consumtion weggefallen sein; beruht er dagegen auf materiellen Gründen, so muß er unabhängig von dem Wegfall jener Proceßformen noch insoweit bestehen, als die materiellen Gründe bestehen geblieben sind.

Es ist nun meines Erachtens eine geradezu unerträgliche Annahme, daß so wichtige Sätze des Civilrechtes, wie wir sie hier vor uns finden, bloß auf der Zufälligkeit der processualischen Form beruhen sollten. Gerade im älteren römischen Rechte stehen mehr als in irgend einem anderen

---

[7]) Windscheid, (actio 76) schließt sich hier ganz an Bekker an.

Rechte Proceßformen und materielles Recht im engsten Zusammenhang; der Proceß ist nicht ein äußeres fremdartiges Kleid des Rechts, sondern seine mit ihm verwachsene und ihm durchaus congruente Erscheinungsform. Hieraus folgt aber gleichsam a priori, daß die Proceßformen und Formeln, auf welche allein Bekker den erweiterten Umfang der Consumtion stützen will, selbst nur die Folgen eines höheren Principes des materiellen Rechts sind.

Bekker sieht auch selbst das Unzulängliche seiner Theorie ein (Bes. pag. 74 ff.). Er bleibt trotzdem bei ihr stehen, weil nach seiner Ansicht die Theilbarkeit der condictio certi, die Zulassung von praescriptiones pro actore (wodurch also die Consumtion thatsächlich doch nur auf den eingeklagten Theil der Forderung beschränkt werden konnte) und endlich die Möglichkeit der Beschränkung der Klage und Consumtion auch bei incertae obligationes auf eines von mehreren in einer Obligation enthaltenen Objecten in unlöslichem Widerspruche zu der Keller'schen Annahme ständen.

Ich glaube jedoch, daß sich jener vermeintliche Widerspruch auf ganz einfache Art lösen läßt.

Man muß zunächst unterscheiden zwischen Obligationen auf ein certum und auf ein incertum.

Bei den ersteren, die ja eine einseitige und festbestimmte Forderung enthielten, stand, wie wir bereits oben gesehen, der juristischen Theilbarkeit des Anspruchs so wenig etwas im Wege, daß die Obligation vielmehr ipso jure als in so viele Forderungen getheilt galt, als Objekte vorhanden waren. Hier konnte also allerdings von einer untheilbaren Einheit der Obligation keine Rede sein.

Ganz anders verhielt es sich dagegen mit den obligationes incerti. Bei den eigentlichen condictiones incerti war zwar noch die Einseitigkeit des Anspruchs gewahrt, das Object des Anspruchs aber sehr unbestimmt, während bei den zweiseitigen obligationes bonae fidei und ähnlichen Obliga-

tionen zu der Unbestimmtheit des Objects auch noch das gleichzeitige Vorhandensein von Ansprüchen und Gegenansprüchen hinzutrat.

Hier lag für das alte Recht Nichts näher, als die Annahme einer einheitlichen (untrennbaren) Obligation[8]) und dieses Princip war denn auch unzweifelhaft im alten Recht enthalten.

Ein Beweis hierfür kann allerdings nur auf sehr umständlichem historischen Wege erbracht werden und ich muß deshalb hier im Allgemeinen auf die Andeutungen Keller's und die allerdings nur theilweise richtigen Ausführungen Liebe's Bezug nehmen. Gerade der Satz, daß Alles als eingeklagt galt, was nicht ausdrücklich ausgenommen war, und die Existenz der Formel quidquid dare etc. sind aber wie ich wiederholt hervorhebe, der beste Beweis dafür, daß jenes Princip im alten Rechte bestanden hat.

Allerdings wurde jene Theorie der Einheit allmählig durch eine freiere Jurisprudenz aufgegeben. Parallel mit der Entwicklung des Begriffes der res als eines sich von der äußerlichen actio abhebenden materiellen Anspruchs ging nämlich die Ausbildung der Ansicht, daß aus einer Obligation mehrere res entstehen könnten und daß da, wo nur ein unbestimmter Anspruch bestehe, derselbe bloß aus diesem Grunde nicht untheilbar sei. Auf diese Weise ist denn der Grundsatz der Untheilbarkeit der unbestimmten Obligation schon im klassischen Rechte als materiell aufgegeben zu betrachten. Die durch das alte, übrigens auch sonst noch in einzelnen Ueberresten fortlebende, Princip geschaffenen Formeln der incertae obligationes bestanden aber noch, und wie

---

8) Man denke z. B. an einen Societätsvertrag. Hier war recht eigentlich der Boden für das in den Quellen mehrfach erwähnte judicium quidquid alterum alteri (ex b. f.) dare facere oportet, von dem ich deshalb behaupten möchte, daß es der erste Anfang der jud. bon. fid. gewesen sei. Seneca de benef. IV, 5.

es überhaupt im Wesen des römischen Rechtes lag, eine Reform nur allmählig und in Anlehnung an die selbst im Princip schon aufgegebenen älteren Institute zu vollziehen, so suchte man sich auch hier mit den bestehenden Formeln abzufinden. Wo nun schon diese letzteren so elastisch waren, um die neue Idee bequem aufzunehmen, waren keine besonderen künstlichen Mittel nöthig; hatte man also aus einem Kaufe den Stichus und Pamphilus zu fordern und wollte nur den letzteren einklagen, so wurde in der demonstratio nur dieser erwähnt und der spätere Formeltheil: quidquid ob eam rem dare facere etc. konnte also den Anspruch auf den Stichus nicht berühren. Wo aber die Formel diesen Ausweg nicht gestattete (wie in den Gaj. IV. 130, 131 erwähnten Fällen) griff man zu den künstlichen Mitteln der Präscriptionen oder der vom Richter zwangsweise auferlegten Stipulationen und erreichte so das Ziel (Bekker 76—81, Keller VI. Abschnitt). Selbstverständlich wurde aber die Theilbarkeit eines Anspruchs auch jetzt nur insoweit angenommen und konnte also auch nur insoweit durch jene künstlichen Mittel herbeigeführt werden, als die frühere Untheilbarkeit lediglich auf dem nunmehr aufgegebenen Grundsatze der Einheit der unbestimmten Obligation beruht hatte. Soweit dagegen andere, auch jetzt noch in Kraft stehende Principien die Theilbarkeit ausschlossen, konnte auch jetzt nicht von einer solchen die Rede sein. Nun galt aber im klassischen Rechte, wie im früheren und späteren Rechte, immer das Princip, daß der Anspruch auf Verzugs- (und überhaupt accessorische) Zinsen ein Nebenbestandtheil der Hauptforderung selbst sei. Die Consequenzen dieses materiellen Satzes mußten deshalb auch für die Proceßconsumtion bestehen bleiben, wie sich dies aus der gleich folgenden Darstellung des Näheren ergeben wird.

§. 13. c) Anwendung der über die Proceßconsumtion des kl. Rechts geltenden Sätze auf die im Thema enthaltenen Fälle.[1])

Wir haben nun die in §§. 11 und 12 entwickelten Sätze auf die Fälle unseres Themas anzuwenden, wobei der Uebersichtlichkeit halber auch der Fall mitbehandelt werden soll, wenn vorbedungene Zinsen nicht miteingeklagt waren. Es ergeben sich folgende Resultate für das klassische Recht:

I. Vorbedungene Zinsen.[2])

Hier sind, wie wir gesehen, immer zwei selbstständige Obligationen, eine auf das Capital und eine auf die Zinsen vorhanden.

1) War nun bloß auf das Capital geklagt, so muß selbstverständlich auch hier der schon in §. 7 aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen abgeleitete Satz gelten, daß das condemnatorische Urtheil über die Capitalforderung keinerlei Einfluß auf die Zinsen aus der Zeit vor dem Urtheil haben kann.

2) War dagegen auch die incerta actio wegen der Zinsen angestellt, so wurde durch die bloße Litis contestatio über dieselbe der Zinsenanspruch in der Weise afficirt (consumirt), daß er später nicht mehr eingeklagt werden konnte. Und zwar galt dies regelmäßig nicht nur von den zur Zeit der L. C. bereits fälligen, sondern auch von allen spätern Zinsen aus der eingeklagten Zinsobligation; auch sie waren für immer verloren, weil die ganze Zinsobligation in judicium deducirt war. Nur dann, wenn die Klage durch

---

[1]) cf. besonders Savigny, VI. 145 ff.

[2]) Selbstverständlich gehören nicht hierher die Zinsen aus pactum adjectum, welche vielmehr wie die Verzugszinsen zu behandeln sind.

eine ausdrücklich in die Formel aufgenommene praescriptio pro actore auf einen bestimmten Theil der Zinsforderung beschränkt war, blieben die übrigen Zinsen erhalten.

Da nun schon die L. C. die spätere Klagbarkeit ausschloß, so war es offenbar in dieser Richtung ganz einerlei, ob auf die L. C. noch ein Urtheil über den Zinsenanspruch folgte oder nicht.

II. Verzugszinsen.

Hier gibt es gar keinen besonderen Zinsanspruch; der letztere ist vielmehr nur ein Nebenbestandtheil der einen Hauptforderung (incerta actio).

Wurde also die Klage auf das Capital angestellt, so wurde durch die L. C. über diese Klage auch immer der Zinsanspruch mitconsumirt.

Verlangte man aber auch andererseits nur die Zinsen, so wurde, eben weil die Zinsforderung nur durch die Hauptforderung geltend gemacht werden konnte, dennoch die ganze Hauptforderung in judicium deducirt.

Dabei war, wenn man das Capital einklagte, eine Unterscheidung zwischen eingeklagten und nicht eingeklagten Verzugszinsen an sich unmöglich; denn in der Anstellung der Hauptklage und der dabei angewandten Klagformel war ja der Zinsanspruch eo ipso mit enthalten.

Die Frage stellt sich vielmehr für das klassische Recht dahin:

Konnte die accessorische Zinsforderung durch Präscription von der Consumtion ausgeschlossen und zu einer besonderen Nachforderung vorbehalten werden?

Diese Frage ist zu verneinen.

Ebenso gut als man von der Capitalforderung selbst nur einen Theil einklagen und den übrigen durch Präscription reserviren konnte, mußte es zwar auch möglich sein, durch eine solche Praescription die Klage und Consumtion

nur auf die **Zinsforderung** oder einen Theil derselben zu beschränken und im Uebrigen den Hauptanspruch sowie etwa den übrig bleibenden Rest der Zinsforderung zu conserviren, denn der Hauptanspruch kann selbstverständlich ohne die Zinsforderung und losgelöst von derselben sehr wohl forterxistiren. Aber ebenso **unmöglich** mußte es andererseits sein, den Hauptanspruch einzuklagen und den accessorischen Zinsanspruch zu besonderer Geltendmachung zu reserviren. Denn der accessorische Zinsanspruch kann nicht losgelöst von der Hauptforderung bestehen, er kann nur in und mit dieser geltend gemacht werden, und eine praescriptio wodurch derselbe hätte reservirt werden sollen, wäre also aus **materiellen** Gründen unzulässig und unwirksam gewesen.

Es ergibt sich somit als Resultat, daß nach kl. R. mit der L. C., und noch mehr also mit dem Urtheil über die Hauptforderung, der dazu gehörige Zinsanspruch immer und ohne Ausnahme mitconsumirt ist und später nicht mehr eingeklagt werden kann.

Die oben aus den Principien des klassischen Rechtes abgeleiteten Folgesätze werden denn auch durch die Quellen bestätigt.

Was zunächst die Forderung von vorbedungenen Zinsen betrifft, so spricht sich darüber ein Rescriptder Kaiser Severus und Antonius aus dem Anfange des 3. Jahrhunderts n. Chr. (also aus der klassischen Zeit), das als l. 1. c. de jud. (3, 1) in den Justinianischen Codex aufgenommen ist, folgender Maßen aus:

Judicio coepto usurarum stipulatio **non** est peremta; superest igitur, ut debitorem ejus temporis, quod non est in judicium deductum, convenire possis. (cf. Savigny VI, 160, Keller).

Diese Stelle sagt also ausdrücklich, daß durch die Anstellung der Hauptklage die Forderung an selbstständigen

Zinsen (usurarum stipulatio) nicht consumirt werde und daß die vorbedungenen Zinsen also noch immer eingeklagt werden könnten, wenn und soweit sie nicht selbst in jud. deducirt seien.

Ueber die Verzugszinsen sprechen ebenfalls zwei Rescripte aus der klassischen Zeit.

Zunächst eines von Kaiser Gordian, das als l. 4 C. depos. in die Justinianeische Gesetzsammlung aufgenommen wurde:

Si deposita pecunia, qui eam suscepit, usus est, non dubium est, etiam usuras debere praestare. Sed si cum depositi actione expertus es, tantummodo sortis facta condemnatio est, ultra non potes propter usuras experiri. Non enim duae sunt actiones, alia sortis, alia usurarum, sed una; ex qua condemnatione facta, iterata actio rei judicatae exceptione repellitur.

Die Stelle handelt von dem Falle, daß ein Depositar das deponirte Geld widerrechtlich in eigenen Nutzen verwandt hat und bestätigt zunächst dessen Verbindlichkeit zur Zahlung von gesetzlichen Zinsen. Sodann führt sie weiter aus, daß aber dann, wenn einmal durch ein (rechtskräftiges) Urtheil der Schuldner (nur) zur Rückzahlung des Capitals verurtheilt sei, die Nachforderung der Verzugszinsen unstatthaft sei. Diese Entscheidung wird aber nicht etwa auf eine ausdrückliche oder stillschweigende Abweisung der Zinsen, sondern lediglich darauf gestützt, daß in dem vorliegenden Falle nicht zwei Ansprüche vorlägen, einer auf das Kapital und einer auf die Zinsen, sondern nur ein Anspruch auf das Kapital sammt Zinsen; sei also über den letzteren Anspruch geurtheilt, so werde die wiederholte Klage durch die exceptio rei jud. zurückgeschlagen.

Durch dieses Rescript werden also die von uns aufgestellten Sätze nach jeder Richtung bestätigt. Es spricht von dem accessorischen Zinsanspruch im Gegensatze zu dem selbst-

ständigen; es unterscheidet nicht zwischen eingeklagten und nicht eingeklagten Zinsen (welche Unterscheidung nach klassischem Processe ja auch hier unmöglich war); es läßt aber auch keinerlei Ausnahme zu und spricht insbesondere nicht von der Möglichkeit einer Reservation der Zinsen durch praescriptio, obwol es im Falle der rechtlichen Zulässigkeit der letzteren sehr nahe Veranlassung dazu gehabt hätte; es stützt endlich seine Entscheidung auf die sog. negative Wirkung des Urtheils und die accessorische Natur der gesetzlichen Zinsen in dem von uns behaupteten Sinne.

Die andere hierher gehörige Stelle ist folgendes als c. 13 de usur. in den Justin. Codex aufgenommene Rescript vom Kaiser Alexander:

In bonae fidei judiciis, quale est negotiorum gestorum, usurarum rationem haberi certum est. Sed si finitum est judicium sententia, quamvis minoris condemnatio facta est, non adjectis usuris, nec provocatio secuta est, finita retractanda non sunt; nec ejus temporis, quod post rem judicatam fluxerit, usurae ullo jure postulantur, nisi ex causis judicati.

Diese Stelle, welche, wie keiner weiteren Erörterungen mehr bedarf, ebenfalls von accessorischen Zinsen handelt bestimmt gleichfalls, daß dieselben nach rechtskräftigem Urtheile, das den Beklagten nur zum Capital verurtheile, nicht mehr gefordert werden könnten. Sie fügt hierbei noch ausdrücklich hinzu, daß sogar für die Zeit nach dem Urtheile keine Zinsen gefordert werden könnten, nisi ex causis judicati.

Ueber den Sinn dieser letzteren Ausnahme werden wir später ausführlicher zu handeln haben.

Wir constatiren hier nur, daß auch in dieser Stelle, — abgesehen von jener einzigen Ausnahme, — im Uebrigen die Nachforderung von Verzugszinsen ausnahmslos verboten, insbesondere auch die Möglichkeit einer Reservation

durch Praescription nicht erwähnt und also ebenfalls ausgeschlossen ist.

Wir haben jetzt freilich noch eine Stelle zu erwähnen, die auf den ersten Anblick in diametralen Gegensatze zu den bisherigen Ausführungen zu stehen scheint. Es ist die l. 23 D. de exc. rei jud., aus Ulpians Schriften excerpirt, in welcher es heißt:

Si in judicio actum sit, usuraeque solae petitae sint, non est verendum, ne noceat rei juhicatae exceptio circa sortis petitionem; quia enim non competit, nec opposita nocet. Eadem erunt, et si quis ex bonae fidei judicio velit usuras tantum persequi, nam nihilonimus futuri temporis cedunt usurae; quamdiu enim manet contractus bonae fidei, currunt usurae.

Der erste Satz macht allerdings keine Schwierigkeit. Derselbe handelt wie schon der Gegensatz des folgenden Satzes ergibt, von den vorbedungenen (selbstständigen) Zinsen und bestätigt die von uns über dieselbe aufgestellte Regel.

Um so schwieriger ist die zweite Hälfte der Stelle (von „Eadem“ an). So wie sie im corpus juris lautet, spricht sie nämlich allerdings den Satz aus, daß auch durch Anstellung der Klage auf accessorische Zinsen der weitere Zinsenlauf nicht gehindert und die Hauptforderung nicht consumirt werde.

Es ist indessen schon von Keller die auch von Späteren (Savigny, Bekker ꝛc.) gebilligte Hypothese aufgestellt worden, daß diese Stelle ursprünglich anders gelautet und erst durch die Compilatoren der Just. Gesetzsammlung die jetzige Fassung erhalten habe. Schon das ganze Aeußere der Stelle macht eine solche Aenderung wahrscheinlich und die zahlreichen anderen Quellenstellen aus der klassischen Zeit, mit welcher sonst Ulpian im principiellsten Widerspruche stehen würde, erheben diese Wahrscheinlichkeit zur unzweifel-

haften Gewißheit.[2]) Uebrigens ist, um öfteren Mißverständnissen zu begegnen, gleich von vornherein darauf hinzuweisen, daß die Stelle auch in der Justinianischen Fassung nur die nachträgliche Geltendmachung der Hauptforderung (nicht aber diejenige der Zinsforderung) zuläßt.

§. 14.

d) Intensiver Umfang der sog. Proceßconsumtion im Allgemeinen und in specieller Anwendung auf die Fälle unseres Themas.

Wir haben in den beiden vorigen Paragraphen den extensiven Umfang der sogenannten Prozeßconsumtion im Allgemeinen, sowie in der Anwendung auf unser specielles Thema untersucht und dabei gefunden, daß nach klassischem Rechte ein eingeklagter selbstständiger Zinsenanspruch mit der L. C. über ihn und ein und ein jeder accessorischer Zinsenanspruch mit der L. C. über die Hauptforderung die spätere Klagbarkeit verliert, und also eine spätere Einklagung dieser Zinsen nach Ergehung eines Erkenntnisses, wie es im Thema vorausgesetzt ist, ausgeschlossen ist.

Es bleibt noch die Frage übrig, ob ein solcher nicht mehr einklagbarer Zinsanspruch wenigstens noch in anderer Weise, und zwar in welchem Umfang, fortbesteht und geltend gemacht werden kann.

Diese Frage ist selbstverständlich wiederum nur aus der Beantwortung der anderen, allgemeineren Frage nach dem intensiven Umfange der sog. Proceßconsumtion überhaupt zu lösen.

---

[2]) Wie die Stelle ursprünglich gelautet habe, ist natürlich nicht mit Sicherheit zu sagen und auch gleichgiltig; die nächstliegende Annahme ist die, daß in dem zweiten Satze eine praescriptio vorausgesetzt wurde, durch welche der Kläger die Klage auf die Verzugszinsen bez. einen Theil derselben beschränkt hatte.

Wir stehen hier vor einer der am lebhaftesten verhandelten Controversen des römischen Rechts, welche gewöhnlich dahin formulirt wird, ob die exceptio rei in judicium deductae, bezw. rei judicatae bei persönlichen [1]) Klagen eine naturalis obligatio zurücklasse. [2])

Der mir gesteckte Raum beschränkt mich auch bei der Erörterung dieser Streitfrage auf die Hervorhebung der wesentlichsten Gesichtspunkte.

Hier ist denn m. E. zunächst darauf hinzuweisen, daß man nicht aus dem Fortlaufen der Zinsen nach der L. C.,

---

[1]) Bei dinglichen Klagen kann jener Zweifel nicht entstehen. Der dingliche Anspruch wird ganz „consumirt", aber freilich bloß der geltend gemachte, bestimmte dingliche Anspruch, welcher durch die Identität der Partheien und die Identität der stören den Handlung begrenzt wird. Dieser Anspruch kann weder excipiendo noch replicando mehr geltend gemacht werden. Das dingliche Recht, von welchem er nur einer der unzähligen Ausflüsse war, bleibt selbstverständlich unberührt. cf. Bekker, 283.

[2]) Die bedeutendsten Ausführungen hierüber finden sich bei Fein im Archiv für civil. Prax. XXVI., 161 ff., v. d. Pfordten in demselben Archiv Bd. 24, Wächter, Erörter. III, 25 ff. und 135 ff., Bekker, Cons. 283 ff., Savigny, Obligationen. I. 81 ff., Windscheid, actio 56 ff., cf. auch v. Vangerow, Pand. I. pag. 270 ff. (7. Ausgabe), Windscheid, Pand. I §. 129 N. 7., Pfeiffer in der oben citirten Abhandl. im civil. Archiv Bd. 37 und die von diesen überall citirten Schriftsteller. Die Frage ist bezüglich der exceptio rei jud. noch heute praktisch. — Die Anhänger und Gegner der Annahme einer übrigbleibenden Naturalobligation finden sich zerstreut in den Lagern der beiden Hauptschulen über die Natur der exceptio rei judicatae. Für den Fortbestand der Naturalobligation in allen Fällen haben sich unter Andern ausgesprochen Keller, Savigny, Bekker, Dernburg; dagegen (freilich aus sehr verschiedenen Gründen) Wächter und Windscheid (Wächter scheint jedoch bei der indirekten Consumtion des klassischen Rechtes das Zurückbleiben einer Naturalobligation anzunehmen). V. d. Pfordten will umgekehrt die Obligation als Naturalobligation nur bei der directen Consumtion fort-

der Möglichkeit der Annahme eines Bürgen für die schon in judicium deducirte Forderung und der Haftung desselben auch nach dem Urtheile ꝛc. — überhaupt mit dem, was man gewöhnlich den Fortbestand der Accessorien nennt — darauf schließen darf, daß die exceptio rei in jud. ded. oder rei judicatae [3]) noch eine Naturalobligation übrig lasse.

Alle diese Argumente waren sehr geeignet, um darzuthun, daß die L. C. und das Urtheil keine novirende Kraft hätten, sind aber hier ganz irrelevant. Denn wie wir gesehen haben, besteht die alte Forderung auch nach der L. C. und nach dem Urtheile an sich vollständig fort und die Wirkungen der Berufung auf das erste Urtheil treten erst ein, wenn ein neuer Proceß über die bereits verhandelte res beginnen soll. Jener Fortbestand der alten Obligation nach allen anderen Richtungen ist also nicht eine Ausnahme von der sog. consumirenden Wirkung der L. C., bezw. des Urtheils oder eine Einschränkung derselben, sondern hat mit ihr gar Nichts zu schaffen. [4])

---

bestehen lassen. Andere, wie z. B. v. Vangerow, lassen bei der exceptio rei in jud. ded. eine Naturalobligation fortbestehen, nicht aber bei der except. rei judicatae.

[3]) Von der direkt eintretenden Consumtion wird hier aus dem in §. 11 Note 17 bemerkten Grunde überall nicht gehandelt.

[4]) Die Berufung auf den „Fortbestand der Accessorien" konnte für die vorliegende Frage nur von dem Standpunkte der älteren Theorie aus von Erheblichkeit sein, welche die sog. Consumtion, d. h. den Ausschluß erneuter Verhandlung nicht direkt aus dem Grundsatze: „de eadem re ne bis sit actio," sondern aus der vermittelnden Ursache des Unterganges der Forderung durch die L. C. (bez. das Urtheil) als solche, ableitete, und die also in Rücksicht auf jenen Fortbestand der Accessorien geneigt sein mußte, nur einen intensiv unvollständigen Untergang der Forderung anzunehmen, wenn sie sich nicht, wie dies Wächter thut, durch die Annahme von willkürlichen (positiven) Milderungen der Novation helfen wollte. Nach unserer Auffassung stellt sich aber die ganze Frage lediglich dahin, ob die exceptio rei in jud. ded. bez. rei jud. die Kraft habe, die ur-

Noch weniger kann aber nach dem heutigen Stande der Wissenschaft der Fortbestand einer Naturalobligation darauf gestützt werden, daß ja nur die actio, d. h. die Klage in judicium deducirt werde und somit die Obligation im Uebrigen, d. h. als Naturalobligation fortbestehen bleiben müsse. [5]) Denn wie wir gesehen, wird ja nicht die actio „consumirt", sondern die res, nicht die formelle Klage, sondern der materielle Anspruch; und wir haben demgemäß eine exceptio rei in jud. ded und rei judicatae, nicht actiones in jud. ded. oder action. judicatae. Gleichwohl hat Bekker a. a. O., der gerade sonst den Begriff der res so scharf entwickelt hat, jenes Argument in anderer Form von Neuem vorgebracht. Er macht nämlich geltend, daß die obligatorische res, welche allerdings consumirt werde, nicht identisch sei mit der obligatio selbst, sondern sich allmählig als etwas Besonderes davon abgehoben habe; gehe also auch die res unter, so bestehe immer noch die obligatio fort und mache sich weiter geltend. Diese Argumentation Bekker's beruht auf einer Verwechselung von zwei ganz verschiedenen Dingen. Allerdings ist richtig, daß die römische Jurisprudenz allmählig einsah und zugab, daß aus einer Obligation mehrere verschiedene Ansprüche abgeleitet werden

---

sprüngliche Forderung nach jeder Richtung hin zurückzuschlagen oder ob sie etwa nur die nochmalige Einklagung derselben hindern könne. Wenn Bekker noch den Fortbestand der Accessorien als Argument benutzt, um das Zurückbleiben einer Naturalobligation zu beweisen, so zeigt er auch hierdurch, daß seine Doctrin noch die Eierschalen der alten Novationstheorie an sich trägt. Auffallend ist es, wenn selbst Windscheid a. a. O. behauptet, daß die Frage wegen des Fortbestandes der Naturalobligation auch insofern wichtig sei, als man bei ihrer Bejahung auch annehmen müsse, daß die ursprüngliche Forderung nach der L. C. (in jeder Hinsicht) bloß als Naturalobligation fortbestehe. Wir sehen, selbst Windscheid fällt hier einmal in die alten Ideen zurück.

[5]) cf. hiergegen besonders Wächter, a. a. O. pag. 27 ff.

könnten, und gerade mit der Entwicklung dieser Einsicht ging ja der Untergang der alten Idee der Einheit der Obligation Hand in Hand. Aber hiermit war selbstverständlich die Identität des obligatorischen Anspruches mit der obligatio, wie sie aus dem Begriff der letzteren im Gegensatze zu den dinglichen (absoluten) Rechten folgt, nur quantitativ, nicht aber intensiv (potentiell) aufgegeben. Im Gegensatz zu den unzähligen dinglichen Ansprüchen, welche aus einem dinglichen Rechte entstehen können, bildet vielmehr die Summe der aus einer mehrgliedrigen Obligation erwachsenden Ansprüche deren ganzen Inhalt; eine noch außerdem und darüber bestehende Obligation ist undenkbar.[6]) Soweit also eine obligatorische res geltend gemacht ist, ebensoweit ist auch die Obligation intensiv ganz in ihr enthalten. Bekker hat sonach die quantitative Theilung mit der intensiven verwechselt.

Man hat sich ferner sowohl gegen als für den Fortbestand einer Naturalobligation auf allgemeine Aussprüche der Quellen berufen, welche bald von einem totalen Untergange der Forderung zu sprechen scheinen, bald dahin lauten, daß der Schuldner natura verhaftet bliebe 2c. Aber auch diese Beweise haben naturgemäß einen sehr geringen Werth und können für sich nicht entscheiden. Denn derartige allgemeine Aussprüche der Quellen sind bekanntlich mit äußerster Vorsicht zu benutzen; sie haben oft nur eine und zwar die ihnen zunächst liegende Seite der Sache im Auge und sind dann sehr weit davon entfernt, erschöpfende und in jeder

---

[6]) Wenn es erlaubt wäre, den Gegensatz zwischen dem Verhältniß, in welchem ein dinglicher Anspruch zu dem dinglichen Rechte steht und demjenigen, in welchem ein Anspruch aus einer mehrgliedrigen Obligation zu dieser letzteren steht, algebraisch auszudrücken, so wäre die Formel für das erste Verhältniß $a + a, + a_2 + \dots$ (unendliche Reihe) $= R$, die für das letzte $a + a, + a_2$ oder $a + a, + a_2 + a_3$ (überhaupt endliche Reihe) $= R$.

Richtung gültige Wahrheiten zu enthalten oder auch nur enthalten zu wollen. Die Ausdrücke „natura debere" ꝛc. sind zudem oft nur doctrinäre Nothbehelfe, Fictionen ohne vielen Gehalt, welche bloß aufgestellt werden, um einen positiven feststehenden Satz in ein mit demselben nicht harmonirendes System einzuzwängen. Ohne deshalb mit diesen allgemeinen Beweisen pro und contra weiter zu rechnen, wollen wir vielmehr lieber im Einzelnen untersuchen, wie weit sich in intensiver Beziehung die Wirkungen der exceptio rei jud. und rei in jud. ded. erstrecken. Es ist dies um so nothwendiger, weil die Forderungsrechte, welche unter dem Namen Naturalobligationen zusammengefaßt werden, nur in dem negativen Merkmale übereinstimmen, daß sie sämmtlich unklagbar sind, während sie im Uebrigen Obligationen von sehr verschiedener Stärke umfassen, von solchen, denen bloß die Klagbarkeit fehlt, bis zu solchen, welche schon mehr in das Gebiet der bloß moralischen Verbindlichkeiten fallen. Ebendeshalb kommt es denn nicht so sehr darauf an, den Bestand einer Naturalobligation überhaupt, als vielmehr den Umfang und die Wirkungen einer solchen festzustellen, und aus der Nachweisung dieser positiven Wirkungen wird dann überhaupt erst abgeleitet werden können, ob eine Naturalobligation besteht oder ob sie nicht besteht.

Er steht fest, daß die exceptio rei in jud. ded. und rei jud. die Klagbarkeit der ursprünglichen Forderung ausschließen. Außer der Einklagung sind aber hier noch zwei Wege denkbar, auf welchen die ursprüngliche Forderung noch geltend gemacht werden könnte und von denen also zu untersuchen ist, ob sie ebenfalls durch jene Exceptionen versperrt werden:

1. die Compensation,
2. die soluti retentio. [7])

---

[7]) Der Fortbestand der sog. Accessorien gehört, wie oben ausgeführt wurde, nicht hierher.

Die Beziehung der Compensation zu der hier zu behandelnden Frage ist von selbst klar. Was aber die soluti retentio betrifft, so ist daran zu erinnern, daß man dann wenn man irrthümlich eine vermeintliche Schuld bezahlt, welche überhaupt nicht (oder nicht mehr) besteht oder welcher eine sie total (d. h. intensiv vollständig) perimirende Einrede entgegensteht, das Gezahlte zurückfordern kann. Würden also die in Rede stehenden Exceptionen die Forderung intensiv ganz aufheben, so könnte der Schuldner, welcher irrthümlich gezahlt hätte, lediglich auf Grund dieser Einrede das Gezahlte zurückfordern.

Bei der Entscheidung der angeregten Fragen ist zwischen der Litiscontestatio (exceptio rei in jud. ded.) und dem Urtheil (exceptio rei jud.) zu unterscheiden.

I. Litiscontestatio.

1. Compensation. Wie wir bereits in §. 11 gesehen haben, kann ein Anspruch, dem nur die exceptio rei in jud. ded. entgegensteht, noch compensando geltend gemacht werden (cf. z. B. l. 8 de compens. von Gaius).

2. Ebenso unzweifelhaft ist aber auch in l. 60 D. de condict. indebiti — einer im Uebrigen äußerst bestrittenen Stelle des Juristen Paulus — bestimmt und wird auch wohl allgemein zugegeben, daß ein Schuldner, welcher eine gegen ihn eingeklagte und von ihm bestrittene Forderung nach der L. C. aber vor dem Urtheil, wenn auch irrthümlich bezahlt hat, nicht deßhalb das Gezahlte zurückfordern kann, weil die Forderung bereits in jud. deducirt gewesen.

Die exceptio rei in jud. deductae schließt also in der That bloß die weitere Klagbarkeit der Forderung aus, und es ist deshalb, wie Bekker richtig hervorhebt, ein bloßer Wortstreit, wenn man Angesichts dieser Thatsache noch darüber streitet, ob hier eine Naturalobligation übrig bleibe.

II. Urtheil.

1) Compensation. Die Frage, ob eine Forderung, welcher die exceptio rei judicatae entgegensteht, noch compensando geltend gemacht werden könne, ist, wie wir bereits in §. 11 im Voraus bemerkten, zu verneinen.[8]) Gegen die Zulässigkeit der Compensation kann man sich zwar nicht direct auf die l. 7 de comp. und Stellen gleichen Inhaltes aus der klassischen Zeit berufen; denn dieselben schließen nur die spätere Klagbarkeit einer Forderung aus, welche in einem früheren Processe compensando geltend gemacht worden war und über die dort wirklich judicirt wurde. Wohl aber liefern diese Stellen einen mittelbaren Beweis. Das Urtheil über einen im Wege der Compensation vorgebrachten Anspruch ist so gut ein Urtheil als dasjenige über den im Wege der Klage geltend gemachten Anspruch. Wie also einem im Wege der Compensation dem Urtheile unterbreiteten Anspruche — nach dem ausdrücklichen Zeugnisse dieser Stellen — später die Einrede aus dem Urtheil entgegensteht, so muß consequenterweise auch dieselbe Einrede — selbstverständlich jetzt in der Form der Replik — einem Anspruche entgegenstehen, der früher auf dem Wege der Klage bis zum Urtheil durchgeführt war und nun nochmals im Wege der Compensation geltend gemacht werden soll. Beide Sätze sind nur verschiedene Anwendungen desselben Princips, daß über dieselbe res (denselben Anspruch im materiellen Sinne) nicht zweimal judicirt werden soll. Finden wir deshalb auch in den Quellen zufällig keine Stelle, welche die Compensation ausdrücklich ausschließt, so ist der

---

[8]) Es handelt sich hier selbstverständlich nur um den ursprünglichen Anspruch. Der aus der Urtheilsdispositive eines condemnatorischen Erkenntnisses fließende (neue) Judicatsanspruch kann nicht nur durch die actio judicati, sondern auch per exceptionem geltend gemacht werden.

Ausschluß derselben darum doch nicht weniger sicher. Er wird auch weiter indirect bestätigt durch die l. 19 de exc. rei jud., in welcher dem früher einredeweise geltend gemachten Pfandanspruche die replica rei judicatae entgegengestellt wird, sowie durch den in den Quellen zu wiederholtenmalen ausgesprochenen allgemeinen Satz, daß die exceptio (oder replica) rei jud. so oft entgegenstehe, als „inter easdem personas eadem quaestio revocatur".[9])

Wie verhält es sich aber hier mit der soluti retentio? Zur Vermeidung von Mißverständnissen muß bei der Untersuchung dieser Frage von vornherein darauf hingewiesen werden, daß selbstverständlich an eine Rückforderung von dem nicht gedacht werden kann, zu dessen Zahlung man rechtskräftig verurtheilt wurde; denn alsdann liegt ja in dem condemnatorischen Urtheil der Schuldgrund für die bezahlte Forderung. Vielmehr handelt es sich nur um die Fälle, in welchen das Urtheil selbst keinen Anspruch auf das, was gezahlt wurde, gewährte, während eben wegen dieses Urtheils der ursprünglichen Forderung die exceptio rei judicatae entgegen stand. Es gehören also nur hierher:

a. der Fall eines freisprechenden Urtheils,

b. der Fall eines condemnatorischen Urtheils, welches den accessorischen Anspruch übergeht.

Hätte die exceptio rei judic. eine volle, die ganze Forderung perimirende Wirkung, so müßte in diesen beiden Fällen die Rückforderung des irrthümlich Gezahlten lediglich auf Grund des früheren Urtheils erfolgen können, weil ja die Zahlung eines Anspruchs, dem eine vollwirksame exceptio entgegensteht, die Zahlung eines indebitum ist.

[9]) Wohin die entgegenstehende Ansicht in ihren practischen Consequenzen führen würde, hat besonders Wächter l. c. am Schluß sehr gut gezeigt. — Viele Schriftsteller, welche im Allgemeinen das Zurückbleiben einer Naturalobligation behaupten, schließen denn auch doch die Zulassung der Compensation aus. cf. Savigny, l. c.

Anders würde sich die Sache verhalten, wenn das Recht der except. rei jud. keine so intensiv wirkende Kraft beigelegt, sondern bestimmt hätte, daß dieselbe nach dieser Richtung hin die Forderung nicht aufhebe. Die Consequenz davon wäre dann, daß der Schuldner, welcher irrthümlich bezahlt hätte, seine Rückforderungsklage nicht auf die exceptio rei judicatae stützen könnte, sondern auf die ursprünglichen Verhältnisse zurückgehen und nachweisen müßte, daß wirklich von Haus aus ein indebitum vorhanden gewesen sei. Eine solche nochmalige Verhandlung über die bereits abgeurtheilten ursprünglichen Verhältnisse ist nun allerdings legislativ sehr bedenklich, und zwar besonders in dem Fall eines absolvirenden Erkenntnisses (a). Trotzdem und ungeachtet aller übrigen Argumente, welche man gegen den Fortbestand der ursprünglichen Forderung bis zu dem Grade des Ausschlusses der condictio indebiti vorgebracht hat, wird man sich aber für den letzteren erklären müssen. Hierfür spricht nämlich das durch alle Interpretationsversuche nicht zu beseitigende Zeugniß — zwar nicht der l. 28 D. de cond. ind., welche Stelle wenigstens von einer wissentlichen Zahlung sprechen kann und wohl wirklich davon spricht[10]), wohl aber — der bereits oben citirten l. 60 D. de condict. indeb. Paulus sagt nämlich hier allerdings zunächst nur, daß der wahre Schuldner, welcher post litem contestatam irrthümlich zahle, das Gezahlte nicht zurückfordern könne, stützt aber diese Entscheidung auf den weiter entwickelten Satz, daß auch ein wahrer Schuldner, der absolvirt worden sei, das irrthümlich Gezahlte nicht zurückfordern könne, weil — insoweit — die ursprüngliche Obligation noch naturaliter fortbestehe. Man kann zugeben, daß der Schluß von dem zweiten auf den ersten Satz kein richtiger ist oder daß der erste Satz wenigstens auf ganz andere Weise habe deducirt werden

10) cf. Wächter l. c. 143.

müssen oder können. Gleichwohl wird man deßhalb immer anerkennen müssen, daß auch in dem zweiten Satze von Paulus ein materieller Rechtssatz bezeugt ist, der darum nicht weniger auf Geltung Anspruch machen darf, weil er nur als Motiv eines andern auftritt. Es ist deshalb m. E. entschieden willkürlich und unrichtig von Windscheid, wenn dieser (Pand. §. 129 N. 7 erste Auflage) den zweiten Satz dadurch beseitigen will, daß er in demselben nur ein unrichtiges Motiv eines an sich richtigen Satzes erblickt. Die anderen Auslegungen, durch welche man den zweiten Satz zu entfernen gesucht hat, sind aber gleichfalls durchaus verfehlt. Gegen die neuerdings besonders von Vangerow vertheidigte Auslegung des Donellus spricht sich Wächter a. a. O. mit überzeugenden Gründen aus; und ebenderselbe gibt auch den Versuch, den zweiten Satz der Stelle nur als Anwendung des Grundsatzes: „omnia judicia esse absolutoria" hinzustellen, selbst alsbald auf. Ein Widerspruch der l. 60 citt. mit anderen Quellenstellen läßt sich aber nicht nachweisen. Denn der Umstand, daß im Uebrigen die Wirkungen einer Naturalobligation nicht bestehen bleiben, ist sammt den, dies bezeugenden Quellenstellen, insbesondere der l. 13 quib. mod. pign. um deswillen unerheblich, weil eine Naturalobligation ja sehr wohl nur die eine, durch die l. 60 citt. nachgewiesene Wirkung des Ausschusses der condictio indebiti haben kann.

In der That ist aber auch der Ausschluß der bloß auf exc. rei jud. gestützten Rückforderungsklage und die folgeweise Zulassung einer Rückforderungsklage, welche die ursprüngliche Schuldnerschaft nochmals in Frage zieht, practisch doch nicht so unerträglich, als es auf den ersten Blick scheint. Denn die Fälle, in welchen Jemand, der von einer Forderung absolvirt ist, dieselbe darnach irrthümlich zahlt, werden ohnehin schon selten sein; wenn es aber wirklich einmal geschieht, so wird jedesmal auch eine wirkliche Schuld

vorgelegen haben und der Schuldner deshalb von selbst von der Rückforderungsklage und der damit verbundenen Nachweise, Abstand nehmen, daß ursprünglich keine Schuld bestanden habe. Da, wo die angeregte Frage aber wirklich eher praktisch werden kann, nämlich wenn ein im Uebrigen verurtheilter Schuldner irrthümlich Verzugszinsen oder andere Accessorien zahlte, zu deren Zahlnng er nicht mit verurtheilt war (b.), entspricht der Ausschluß der Rückforderung der wirklich geschuldeten und bezahlten Accessorien nur dem natürlichen Rechtsgefühle.

Als Resultat unserer Untersuchung ergibt sich also für das klassische Recht:

1. Die exceptio rei in jud. ded. schließt bloß die erneute Klage, nicht aber die Compensation oder soluti retentio aus (also vollwirksame Naturalobligation).

2. Die exceptio bez. replica rei jud. schließt sowohl Klage als Compensation aus, nicht aber die soluti retentio (also abgeschwächte Naturalabligation).

Wenden wir diese Grundsätze auf unser praktisches Thema an, so ergibt sich für dasselbe nach klass. Recht:

1. Eingeklagte vorbedungene Zinsen, über die das Erkenntniß schweigt.

Hier kommt nur die exceptio rei in jud. ded. in Betracht. Solche Zinsen können also nicht mehr eingeklagt, wohl aber zur Compensation gebracht, und falls sie bezahlt werden, nicht zurückgefordert werden.

2. Eingeklagte oder nicht eingeklagte Verzugszinsen, die im Erkenntniß übergangen sind.

Hier tritt die exceptio rei jud ded. in Wirksamkeit. Ein solcher übergangener Zinsanspruch kann deshalb später weder eingeklagt noch compensando geltend gemacht werden. Ist er aber vom Schuldner, sei es auch irrthümlich, bezahlt worden, so kann das Gezahlte nicht zurückgefordert werden.

§. 15.

e. Besteht neben der sog. negativen Function der exceptio rei judicatae noch eine sog. positive Function derselben im klassischen Recht?

Wir haben nun zwar den rückwärts wirkenden Einfluß eines Erkenntnisses, wie es im Thema vorausgesetzt ist, nach den Principien des klassischen Rechtes vollständig dargestellt. Bevor wir indessen zu dem Justinianischen Rechte übergehen können, ist noch die allgemeine Frage zu untersuchen, ob in dem klassischen Rechte neben der bisher geschilderten sog. negativen Function der exceptio rei judicatae auch eine sog. positive Function derselben Einrede in dem oben von uns geschilderten Sinne bestanden hat. Denn finden wir, daß diese positive Function für das klassische Recht zu verwerfen ist, so folgt daraus weiter, daß das Justinianische Recht eine solche aus dem klassischen Recht nicht übernehmen konnte, und daß somit bei mangelnder Neubildung einer solchen Urtheilsfunction in dem späteren Rechte, auch für das Justinianische Recht dieselbe nicht angenommen werden darf, sondern auch hier nur die reine, sog. negative Function des Urtheils besteht.

Bei der Untersuchung dieser in neuester Zeit mit so vielem Scharfsinn und so großer Gelehrsamkeit behandelten Streitfrage [1]) war ein so umfangreiches literarisches und Quellenmaterial zu berücksichtigen, daß dasselbe unmöglich

---

[1]) cf. vornehmlich einerseits Keller, L. C. und Urtheil, Savigny, Syst. VI., Windscheid, actio 82 ff., Wächter, Erörter. III. 2 ff. und andererseits Bekker, Proceßconsumtion, Brinz, Pand. (§. 45, 46), Dernburg in der oben citt. Abhandlung p. 347 ff., Wetzell, Civilpr. §. 14 und 47, auch Unger, Oesterr. Privatr. II., 623 und Pfeiffer in der bereits citt. Abhandlung im civilist. Archiv Bd. 37 u. 38.

auch nur annähernd vollständig in den Rahmen dieser Abhandlung aufgenommen werden konnte.

Die hauptsächlichsten von den vielen Gründen, welche mich zu der Verneinung der zweiten (positiven) Function des Urtheils bestimmen, sind aber folgende:

Zunächst folgende zwei von Bekker hervorgehobene Gründe:

Nimmt man eine doppelte Function der exc. rei. jud. an, so hat man offenbar in Wirklichkeit zwei verschiedene, ja materiell ganz entgegengesetzte Einreden. Es wäre nun hier zuächst sehr eigenthümlich, ja unbegreiflich, daß diese beiden so sehr verschiedenen Einreden einen Namen, noch unbegreiflicher aber, daß sie sogar nur eine Wortfassung haben sollten. Daß dieß letztere aber der Fall sein müßte, ist nach den gründlichen Untersuchungen Bekker's (pag. 136—138) nicht zu bezweifeln. Die Formel der exceptio rei jud. lautet überall: „si res judicata non sit inter me et te“ während von einer etwa der sog. positiven Function entsprechenden Fassung „extra quam si haec contra rem judicatam petuntur„ oder “si secundum me non judicatum est inter me et te“ oder einer ähnlichen, den Inhalt des Urtheils betonenden Formel in den Quellen nicht das Geringste erwähnt wird. Die Wortfassung: „si res judicata non est inter me et te“ paßt nun offenbar sehr wohl zu der, unbestrittener Maßen ja auch im klassischen Rechte vorkommenden negativen Function des Urtheils, durchaus aber nicht zu jener angeblichen positiven Function; und dieses Mißverhältniß wird besonders klar, wenn man sieht, wie sich die eigentliche Wortsinn der Exceptionsworte bei einem nicht-juristischen Schriftsteller (Cicero de oratore I. 168) abspiegelt, wo der Inhalt der Einrede kurz dahin resumirt wird: „quod ea res in judicium antea venisset.“

Sodann, und auf diesen Umstand legt Bekker mit Recht ein sehr großes Gewicht, kommt in unseren sämmtli-

chen Quellen keine einzige Stelle vor, aus welcher das Wissen der römischen Juristen von dieser doppelten Function der Einrede hervorginge. Die einzige Stelle, auf welche man sich gegnerischer Seits berufen hat (Savigny VI. 275) die l. 6 D. de exc. rei jud. kann offenbar nicht hierfür angeführt werden. Vielmehr beziehen sich die Worte dieser Stelle, wenn man sie unbefangen betrachtet, nur auf die negative Function der Urtheilseinrede und die Schlußworte insbesondere heben nur, gleichsam als argumentum ad hominem, einen Fall hervor, in welchem die Nothwendigkeit der exceptio rei jud. überhaupt besonders einleuchtend hervortritt.

Die Bekker'schen Ausführungen (16—18) über die Schwierigkeit der Zurechtlegung des historischen Verhältnisses zwischen den angeblichen zwei Functionen der Urtheilseinrede und über die Widersprüche, zu welchen die Consequenzen einer jeden, an sich möglichen, Auffassung hier führen, übergehe ich, obwohl dieselben ebenfalls nicht ohne Gewicht sind.

Dagegen hebe ich einen anderen, gewöhnlich nicht in dem verdienten Maße betonten, allgemeinen Grund hervor, welcher m. E. noch schlagender dafür sprechen muß, daß jene doppelte Function der except. rei jud. nicht bestand.

Die exceptio rei jud. in ihrer positiven Function soll nach der Lehre ihrer Verfechter geltend machen, daß man nicht mehr behaupten dürfe, was einem in einem früheren Processe (mit derselben Partei bez. ihrem Rechtsvorgänger) aberkannt worden sei. Wäre aber dies — also absolute Wahrheit des einmal Geurtheilten zwischen den Parteien — die eigentliche Wirkung des Urtheils, so müßte auch ein Organ vorhanden sein, um den positiven Inhalt eines, sei es freisprechenden, sei es verurtheilenden Erkenntnisses, im Wege der Klage und überhaupt des Angriffs zur Geltung zu bringen. Das Urtheil müßte mit anderen Worten alsdann nicht nur die Abweisung eines jeden, mit sei-

nem Inhalte in Widerspruch stehenden Erkenntnisses bewirken, sondern auch zur Begründung eines jeden, diesen Inhalt geltend machenden Anspruches dienen. Man verwechsele damit nicht die actio judicati oder eine Compensationseinrede desselben Inhaltes, welche bloß die Effectuirung der Urtheilsdispositive bezweckt. Es handelt sich vielmehr um die darüber hinausgehende Geltendmachung der Urtheilsdecisive oder der mittelbaren (objectiven) Entscheidungsgründe zur Begründung eines Anspruchs und es sind also Fälle gemeint, wo, abgesehen von der Dispositive, durch das Urtheil einzelne Rechtsansprüche oder Thatsachen zwischen den Parteien festgestellt sind — z. B. der Kläger ist mit der rei vindicatio abgewiesen, nachdem sich Beklagter als Eigenthümer ausgewiesen, oder mit der actio negatoria auf den vom Beklagten geführten Beweis seiner Servitut 2c.[2]) Bestände überhaupt jene positive Wirkung des Urtheils, so müßte der Beklagte hier einfach auf Grund dieser Entscheidung gegen den Kläger die Eigenthumsklage, confessoria 2c. anstellen können.

Es steht aber nun jedenfalls zunächst soviel fest, daß diese andere, doch jedenfalls ebenso naheliegende Seite der angeblichen positiven Wirkung des Urtheils in den Quellen gar nicht erwähnt wird. Schon dieser Umstand muß die bedenklichsten Zweifel gegen die Annahme jenes positiven Principes selbst hervorrufen. Denn bestände jenes Princip überhaupt, so dürfte in den Quellen gar nicht bloß von exceptio (bez. replicatio) rei judicatae die Rede sein, sondern von der rechtserzeugenden Wirkung eines solchen Urtheils überhaupt, und also ebenso sehr von der darauf basirten Klage, als der daraus abgeleiteten Einrede.

---

[2]) Auch der Kläger könnte ebenso gut in die Lage kommen, aus einem Urtheil einen derartigen Anspruch abzuleiten, cf. Pfeiffer, civil. Arch. 37 pag. 96 ff. sowie unten pag. 380 bei der Erklärung der l. 9, §. 1 (44, 2.

Nach dem Stande der Quellen ist aber die Frage, ob auf den Inhalt eines Erkenntnisses ein Anspruch gestützt werden kann, sogar entschieden zu verneinen.[3])

Daß keine Stelle direct und unmittelbar eine solche Anwendung der res judicata zuläßt, ist bereits bemerkt worden. Ebenso wenig ist aber die Möglichkeit der Begründung eines Anspruchs in dieser Weise, indirect aus den Quellen zu folgern[4]). Windscheid hat zwar in seiner actio[5]) das Letztere zu erweisen gesucht, allein ich halte diesen Beweis für vollständig mißglückt. Die von ihm als analoga herangezogenen Vergleich und Eid können wegen ihrer besonderen Natur keine Analogieen abgeben[6]), auch spricht außerdem gegen diese Analogie das von Windscheid pag. 111 selbst Ausgeführte. Der einzige Ausweg, an den man noch denken könnte und welchen Windscheid in der That einschlägt, wäre die Auffassung des Urtheils als eines Beweismittels, gegen das kein Gegenbeweis zulässig wäre. Allein dieser Ausweg ist zunächst ganz willkürlich. Windscheid selbst kann sich dafür nur auf ein argumentum e contrario aus L. 11 §. 3, L. 12 §. 2 D. de jurej. stützen. Ein solches Argument ist, besonders im r. R., an sich höchst schwach und unzuverlässig; im vorliegenden Falle verliert es angesichts der weiter unten zu betrachtenden Stellen, welche den Gegenbeweis gegen jene Theorie erbringen, alle Beweiskraft. Sobann ist aber — was Windscheid ganz übersieht — ja gerade durch die Annahme eines

---

[3]) Es bedarf keiner näheren Ausführung, daß hier vernünftiger Weise von keiner replica rei jud. (gegen eine Verneinung!) die Rede sein kann und noch weniger von einer exceptio (!) cf. Pfeiffer l. c., Windscheid 110.

[4]) cf. besonders die gründlichen Untersuchungen von Pfeiffer l. c.

[5]) actio, 110 ff.

[6]) Pfeiffer l. c., Unger II. pag. 623, 624.

bloßen auch noch so starken Beweismittels die fundirende Kraft des Urtheils von selbst aufgegeben. — In der That ist aber m. E. durch die treffenden Ausführungen Pfeiffer's l. c. (nicht widerlegt durch Windscheid p. 109) der directe Beweis dafür geliefert worden, daß jene fundirende Kraft des Urtheils im römischen Rechte überhaupt und insbesondere im klassischen Rechte nicht bestanden hat. Indem ich in dieser Beziehung im Allgemeinen auf die Erörterungen Pfeiffer's Bezug nehme, habe ich nur noch die l. 9 §. 1 D. de except. r. jud., eine auch in vielen anderen Beziehungen sehr bemerkenswerthe Stelle, hervor, welche ganz besonders die Pfeiffer'sche Ansicht unterstützt.

Dieselbe[7]) ist von Ulpian (aus dessen libri ad edictum) und lautet:

Si quis fundum, quem putabat se possidere, defenderit, mox emerit, re secundum petitorem judicata, an restituere cogatur? Et ait Neratius, si actori iterum petenti objiciatur exceptio rei judicatae, replicare eum oportere de re secundum se judicata.

Um zu einem richtigen Verständniß dieser Stelle zu gelangen, muß man sich an die eigenthümlichen Grundsätze erinnern, welche im klassischen römischen Civilprocesse bei den sog. actiones arbitrariae — d. h. allen auf restituere und exhibere gerichteten Klagen — zur Anwendung kamen. Auch hier war, bei siegreicher Klage, die schließliche condemnatio immer eine pecuniaria; aber es erging vorher eine das Recht (z. B. das Eigenthum) des Klägers feststellende Präjudicialsentenz mit Restitutionsbefehl (jussus, arbitratus) an den Beklagten und erst wenn dieser Befehl zur Natural-

---

7) cf. über diese Stelle, sowie über die ihr verwandte l. 16 §. 5. de pig. besonders die ausgezeichnete Schrift Rippentropp's, sowie außerdem die Werke von Keller (pag. 586 ff.), Bekker und Puchta.

leistung ungehorsamer Weise nicht erfüllt wurde oder schuldvoller Weise nicht erfüllt werden konnte, erfolgte die Condemnationssentenz. Jene Präjudicialsentenz über die Berechtigung selbst wird aber im klassischen Recht als eigentliches Urtheil betrachtet und es gelten von derselben die Grundsätze der res judicata [8]).

Die l. 9 §. 1 citt. behandelt nun nun wohl folgenden Fall:

A tritt gegen B mit der Vindikationsklage auf; B hält sich irrthümlich für den Besitzer und läßt sich auf die Klage ein. Es ergeht Präjudicialsentenz, in welcher das Eigenthum des A anerkannt wird. Nun ergibt sich aber, daß B die Sache gar nicht besitzt noch besessen hat, und B wird deshalb schließlich absolvirt. Später kommt aber B wirklich in den Besitz der Sache und A will dieselbe nunmehr von ihm heraushaben.

Würde nun das röm. Recht die Möglichkeit der Fundirung einer Klage auf den Inhalt eines Urtheils anerkennen, so würde A seinen Eigenthumsanspruch einfach auf die frühere Präjudicialsentenz stützen können. Die Stelle läßt aber den A die ursprüngliche Eigenthumsklage anstellen und quält sich mit der nun entstehenden Schwierigkeit, ob gegen die ursprüngliche Klage die exceptio rei jud. zulässig resp. wie dieselbe zu beseitigen sei [9]). Hätte jene Möglichkeit der Begründung der Klage auf das Präjudicialurtheil bestanden, so hätte in der l. 9 §. 1 citt. der schwie-

---

[8]) Nur mit dem Unterschiede, daß aus einer solchen Sentenz wegen mangelnder condemnatio (Dispositive) kein Judicatsanspruch (actio judicati) abgeleitet werden konnte. Freilich sind einige Schriftsteller der Ansicht, daß der arbitratus de restituendo auch schon im klassischen Rechte exequirbar gewesen sei, (So Ribbentrop, Keller und jetzt auch Bekker). cf. gegen diese m. E. unrichtige Ansicht die Ausführungen von Wächter, Buchka u. Bethmann-Hollweg.

[9]) cf. hierüber weiter unten.

rigere Weg der Anstellung der ursprünglichen Klage nicht betreten werden können; zu mindesten wäre aber von denselben gewiß auf die einfachere Art der Klagebegründung hingewiesen worden. Die Stelle ergibt also durch ein, unter den besonderen Umständen, welche hier vorliegen, ausnahmsweise beweiskräftiger argumentum e contrario, daß die angebliche positive Function des Urtheils in der in Frage stehenden Richtung der Anspruchsbegründung nicht wirksam war.

Die bisher erörterten Gründe sprechen schon deutlich genug gegen die Annahme der positiven Funktion der exc. rei judicata.

Sehen wir aber näher auf die Aussprüche der Quellen über den Begriff und das Wesen der Rechtskraft des Urtheils überhaupt, so wird jene Ansicht noch entschiedener zurückzuweisen sein.

Es ist bereits von Pfeiffer darauf aufmerksam gemacht worden (pag. 115; 249 ff.), daß hier nicht Aussprüche herbeizuziehen sind, welche sich bloß auf Fälle beziehen, in welchen aus besonderen Gründen bestimmt war, daß das Urtheil allerdings Rechtsquelle, und zwar nicht bloß zwischen den Parteien, sondern für jeden Dritten sein solle. In diesen Fällen (es gehörten hierher besonders die causae status, aber auch andere, cf. Pfeiffer l. c.), in welchen man auch von dem Richter mit einem technischen Ausdrucke sagte, daß er „jus faciebat“, war allerdings der Satz richtig, daß res judicata pro veritate habetur. Aber auch der allgemeine Ausspruch in l. 207 de Reg. jur. ist nicht beweisend. Für das klassische Recht gewiß nicht, denn wir wissen, daß sich die als l. 207 de R. J. in das corpus juris aufgenommene Stelle ursprünglich nur auf Statusklagen bezog (cf. Pfeiffer l. c.) Aber selbst abgesehen davon – und dies gilt besonders für das Just. Recht — wissen wir, daß man solch' allgemeine Aussprüche der römischen Quellen

sehr vorsichtig benutzen und erst aus den übrigen concreten Rechtssätzen ihren Umfang bestimmen, keineswegs aber ohne Weiteres positive Consequenzen aus ihnen ableiten darf.

In den übrigen römischen Quellenstellen wird aber nun ausdrücklich als Bedingung der exceptio rei judicatae gesetzt, daß über denselben Rechtsanspruch bereits geurtheilt sei, während dabei gar keine Rücksicht darauf genommen wird, ob auch schon über dieselbe Rechtsfrage verhandelt worden und wie der materielle Inhalt des ersten Urtheils ist. In dieser Hinsicht sind besonders die l. 12 und 14 D. de exc. rei jud. von Paulus entscheidend, in welchen es heißt:

quum quaeritur, haec exceptio noceat necne inspiciendum est, an idem corpus sit et eadem causa petendi et eadem conditio personarum, quae ni si omnia concurrunt, alia res est,

erweitert durch die l. 13 von Ulpian:

eadem quantitas, idem jus.

Freilich scheinen zwei Stellen von Julian für die positive Wirkung des Urtheils zu sprechen. Es heißt nämlich in l. 3 l. 7 de exceptio rei jud., daß „exceptio rei judicatae obstat, quoties eadem quaestio inter easdem personas revocatur." Hierauf berufen sich denn vornehmlich Keller und Savigny, und selbst Bekker (272) weiß sich mit den Stellen nur dadurch abzufinden, daß er in den von ihm geschilderten Entwicklungsgange des „res" und bei den sich hierbei ergebenden Schwierigkeiten der juristischen Construction dem Juristen Julian die abweichende Ansicht zuschreibt, die Identität des Rechtsanspruches werde durch die Identität der materiellen Rechtsfrage bestimmt. Allein Dernburg hat in der angeführten Abhandlung sehr gut gezeigt, daß eadem quaestio nicht dieselbe Rechtsfrage bedeutet (wie man früher allgemein annahm), sondern denselben Rechtsanspruch, und daß also quaestio und res (im

Bekker'schen Sinn) synonyme Begriffe sind.[10]) Hiernach sprechen dann auch die beiden Stellen von Julian nicht für die positive, sondern (nur) für die negative Funktion der Urtheilseinrede.

Es bliebe somit für die Gegenseite nur noch der Weg übrig, den Nachweis zu versuchen, daß in den Quellen wenigstens in einzelnen praktischen Fällen die positive Function der Urtheilseinrede angenommen sei resp. daß sich diese Fälle nur mit Hülfe der Annahme jener positiven Function construiren ließen.

In dieser Hinsicht wird von Keller, Savigny und überhaupt allen Anhängern der positiven Function[11a]) besonders Gewicht gelegt auf die Stellen, in denen gesagt ist, daß der im Eigenthums- oder Erbstreit besiegte Beklagte hinterher nicht als Kläger auftreten könne, ohne mit der exc. rei jud. zurückgeschlagen zu werden, ja gerade an diesen Fällen wird besonders die Nothwendigkeit der positiven Function der exc. rei jud. zu zeigen gesucht, indem man ausführt, daß hier die bloße negative Function der Einrede nicht aushelfen könne[11]).

Allein wenn man auch hier gewiß streiten kann und dieser Punkt jedenfalls die schwächste Seite der von uns vertretenen Theorie ist[12]), so ist doch wohl anzunehmen, daß auch hier nur die negative Function des Urtheils thätig und auch vollständig ausreichend ist, freilich nicht in der allerdings zu subtilen, zwar mit dem alten Legisactionenproceß per sacramentum, nicht aber mit dem späteren Verfahren

---

[10]) cf. besonders die l. 7. §. 1. h. t. von Paulus, sowie überhaupt: Dernburg, 349 ff., Brinz, Pand. I. pag. 153 ff., Unger, Oesterr. Pan II., 622, Wetzell, Civilpr §. 47 Not. 96.

[11]) So z. B. Keller, L. C. u. Urtheil p. 221 ff., Savigny, Syst. VI, 268 ff.

[11a]) mit Ausnahme Windscheid's.

[12]) cf. Wetzell, §. 47 N. 87, Unger II. 632 ff. 25.

per formulam petitoriam verträglichen Auffassung Bekkers, wonach auch im ersten Processe der Beklagte schon als Kläger aufzufassen ist, wohl aber in der Auffassung Windscheid's (84) und Dernburg's (351, 352), daß in dem Urtheile über das Eigenthum oder Erbrecht des Klägers vermöge der exclusiven Natur dieser Rechte auch das Urtheil über diejenigen des Beklagten liege. Jedenfalls lassen sich die Worte der Gesetzesstellen [13]) mindestens ebensogut in der letzteren Weise auslegen. Wüßte man aber nicht mit der reinen negativen Function auszukommen, so müßte man eben eine aus so naheliegenden Gründen (insbesondere der gedachten exclusiven Natur jener Rechte) folgende, über die Regel hinausgehende Ausnahme annehmen, während von der Ableitung eines neuen Principes hieraus alle bereits oben angeführten und die noch weiter unten folgende Gründe abhalten müssen.

Eine solche Ausdehnung der exceptio rei jud. über ihre begriffliche Grenzen hinaus wird man ohnedies auch in soferne zulassen müssen, als das Urtheil über einen Rechtsanspruch, und zwar nicht bloß das absolutorische, wie Dernburg meint, sondern auch das condemnatorische [14]), ohne Weiteres auch für alle Ansprüche maßgebend sein muß, die logisch als durch jenen Anspruch bedingt erscheinen.

Dadurch ist aber keineswegs ein neues Princip der objectiven Wahrheit der res judicata eingeführt. In der That würde dieses Princip schon nach römischem Rechte mit der Verhandlungsmaxime (cf. §. 5) in dem bedenklichsten Widerspruche stehen, indem daraus consequenterweise die mit jenem Princip unverträgliche Savigny'sche Theorie von der Rechtskraft nicht bloß der klagend oder einrede-

[13]) Besonders erheblich ist die l. 15 h. t. cf. besonders Windscheid l. c.

[14]) Wetzell §. 47 pag. 437, 438.

weise erhobenen Ansprüche in dem ganzen Umfange, sondern auch der mittelbaren Entscheidungsgründe und der Präjudicial- und Incidentpunkte folgen müßte [15a]).

Schon wegen dieses Widerspruchs mit einer anerkannten Grundmaxime würde man das Princip verwerfen müssen. Die Rechtskraft der objectiven Entscheidungsgründe und insbesondere der Präjudicialpunkte ist aber auch im Einzelnen nicht nachzuweisen; vielmehr halte ich durch die Ausführungen Planck's [16]) und Buchka's [17]) den vollständigen Gegenbeweis gegen jene Annahme für erbracht. Der Hinweis auf die früher so häufig zum Beweise der Rechtskraft der Präjudicialentscheidungen angeführte exceptio praejudicialis der Quellen ist nach den Ausführungen Planck's §. 25 u. 26 über die Natur dieser Einrede (wonach dieselbe nur den moralischen Einfluß eines Präjudiciums ferne halten sollte) wohl für immer beseitigt. Andererseits ist aber durch die l. 1 C. de ord. jud. m. E. der volle Beweis gegen die Rechtskraft der Präjudicial- und Incidententscheidungen erbracht [18]).

In neuester Zeit hat zwar einer der bedeutendsten lebenden Juristen, welcher im Uebrigen die Bedenken der Bekker'schen Schule vollständig würdigt und vielfach adoptirt, gerade aus diesem, seiner Ansicht nach im Einzelnen nicht zu leugnenden Umfange der Entscheidungsgründe den einzigen, aber wie er mit Recht ausführt, bei seiner Existenz vollständig genügenden Beweis für das Bestehen der posi-

---

15) cf. Unger II, 163, Wetzell §. 47. p. 439. 440, auch Pfeiffer pag. 261 ff.

16) pag. 57 ff.

17) pag. 301—303 (1 Bd.)

18) cf. über diese interessante Stelle besonders die citt. Buchka und Planck, sowie Unger II., 626 Note 1. Dieselbe ist übrigens selbstverständlich in allen Werken ausführlicher besprochen, welche sich mit der hier angeregten Frage eingehender befassen.

tiven Function der Urtheilsgründe abzuleiten gesucht[19]). Allein dieser Beweis ist m. E. vollständig mißlungen, so bedeutend und geistreich auch die betreffenden Ausführungen Windscheid's sind[20]). Windscheid muß selbst zugeben, daß einige Quellenstellen ausdrücklich gegen ihn sprechen, und viele andere wenigstens gegen ihn sprechen können, während er schließlich für seine Ansicht nur die einzige l. 1 D de exc. rei jud. anzuführen vermag. Allein auch diese Stelle würde höchstens ein argumentum e contrario für die Windscheid'sche Ansicht erbringen können; dieses ohnehin bedenkliche Argument verliert aber den bestimmten Ansprüchen der übrigen Quellenstellen gegenüber alle Beweiskraft. —

Ich kann die Untersuchung nicht schließen, ohne noch das letzte Hauptbedenken zu berühren, welches man der Annahme der bloß negativen Function der Urtheilseinrede entgegengesetzt hat — den Hinweis auf die sog. replica rei judicatae oder vielmehr besser: die replica: sed si secundum me judicatum est. Man wirft nämlich der von uns vertretenen Theorie vor, daß sie hier doch die positive Function der Berufung auf das Urtheil zulasse und zulassen müsse, welche sie bei der exceptio rei jud. vorwerfe. Ich halte diesen Vorwurf für unbegründet. Zur Vermeidung von Mißverständnissen ist zunächst vorauszuschicken, daß es sich hier nicht um die replica rei judicatae handelt, welche einem früher abgeurtheilten und jetzt compensations- oder überhaupt einredeweise geltend gemachten Anspruche entgegengesetzt wird. Eine solche replica rei jud. ist ja in Wahrheit nur die exceptio rei judicatae in veränderter processualischer Form und Stellen wie die l. 24 D de exc. rei

---

19) Windscheid, actio 87—103.

20) Diese Ausführungen sind m. E. das Beste, was über die vorliegende Einzelfrage geschrieben worden ist, und zeichnen sich besonders durch die unbefangenen, und, ich möchte fast sagen, unparteiliche Abwägung aller einzelnen Momente aus.

jud., gehören also, da sie sich nur auf diese replica rei jud. beziehen, gar nicht hierher[21]). Vielmehr handelt es sich hier lediglich um die Replik, welche einer exceptio rei judicatae gegenüber von Demjenigen, zu Gunsten dessen das Urtheil lautet, unter Berufung auf den ihm günstigen Inhalt des Urtheils entgegengesetzt wird. Diese Replik[22]) — von der übrigens zweifelhaft ist, ob sie replica rei judicatae genannt wird — bezweckt aber offenbar nur eine Beschränkung der negativen Wirkung der Urtheilseinrede vermöge des sehr natürlichen, auch in der viel berufenen l. 16 D de exc. rei jud. lediglich zum Ausdruck gebrachten Satzes, daß die einredeweise Berufung auf das Urtheil mit dem positiven Inhalte desselben (soweit er reicht) nicht in Widerspruch treten soll. Sie ist also nur eine replica doli (generalis) gegen eine dem Sinne des Urtheils schnurstraks zuwiderlaufende unredliche Berufung auf dessen Existenz, und ihr Wirkungskreis mußte deshalb immer beschränkter werden, ja reiner sich der Begriff der res ausbildete und je seltener deshalb jene Collisionen des positiven Rechtes mit den Forderungen des natürlichen Rechtes wurden[23]). Als

---

[21]) Die Berufung Keller's auf diese Stelle (römischer Civilpr. 2. Ausgabe pag. 299) muß also auf einem Mißverständnisse beruhen. Gegen die durchaus unrichtige Interpretation dieser Stelle durch Wächter (Erörterr. III., 136) cf. Pfeiffer, pag. 252.

[22]) Anwendungen hiervon finden sich in den beiden bereits oben erwähnten l. 9. §. 1 de exc. rei jud. und l. 16. §. 5 de pign. Ueber die Auslegung der l. 9. §. 1 ist man jetzt in der Hauptsache einverstanden. Viel mehr Schwierigkeit macht die l. 16 §. 5 citt. cf. darüber besonders die Ausführungen Ribbentrop's, Keller's und Buchka's. Bekker (318) hat den früheren Interpretationen eine bemerkenswerthe neue hinzugefügt: er bezieht die Stelle als einen Anspruch, der früher exceptionsweise geltend gemacht worden war.

[23]) Was insbesondere den Fall der l. 9 §. 1 citt. anlangt, so führt Bekker, wie es scheint, richtig aus, daß Ulpian hier nur die ältere Ansicht des Neratius referire, welcher die Identität der res

Ausfluß eines neben der negativen Function der Urtheilseinrede bestehenden Princips einer positiven Function des rechtskräftigen Urtheils ist dagegen jene Replik nicht zu denken. Im Gegentheil, hätte jene positive Kraft bestanden, so würde die fragliche Replik gar keinen Raum gehabt haben. Denn der Kläger hätte sich bei einer zweiten Klage dann einfach auf dieses Urtheil stützen können und auf den ursprünglichen Anspruch gar nicht mehr zu recurriren brauchen, so daß also eine ja nur gegen den letzteren begründete exceptio rei judicatae gar nicht möglich gewesen wäre und eben damit auch der Boden für die gedachte Replik gefehlt hätte.

Jener Grundsatz der l. 16 D. de exc. rei jud. citt. selbst ist aber nach dem Vorgetragenen nicht, wie es hauptsächlich früher so oft geschehen, dahin zu verstehen, daß auf ein zusprechendes Urtheil überhaupt nicht die Einrede der entschiedenen Sache gegen den (siegenden) Kläger gestützt werden könne. Daß das Letztere möglich ist, steht nach vielen Quellenstellen unumstößlich fest. Der Sinn der l. 16 citt. ist vielmehr nur der, daß die Berufung auf das frühere Urtheil durch die Gegenberufung auf dasselbe soweit unschädlich gemacht werden soll, als dasselbe ausdrücklich das zusprechen, was jetzt nochmals gefordert werde. Ebendeshalb ist denn auch die l. 16 citt. für unser specielles Thema ganz ohne Bedeutung.[24]) (Schluß folgt.)

---

trotz der Verschiedenheit der Besitzverhältnisse in beiden Fällen angenommen habe und gegen die von diesem Gesichtspunkte aus begründete exceptio rei jud. dann nach einem besonderen Vertheidigungsmittel habe suchen müssen, während bei Ulpian selbst diese Hülfe schon unnöthig gewesen sei, weil er, wie aus dem principium der l. 9 hervorgehe, hier gar keine identischen Ansprüche angenommen und also die exceptio rei jud. überhaupt für unbegründet erklärt habe.

[24]) In den älteren Bearbeitungen der Lehre bei Brunnemann, Bellmann ꝛc. spielt die l. 16 noch eine große Rolle, cf. §. 18.

X.

Ueber die rechtliche Lage der in der Ehe geborenen, aber vor der Ehe empfangenen Kinder.

Von
Herrn Professor a. D. Dr. Ed. Wippermann
zu Wiesbaden.

Zufolge L. 12 D. de statu hominum 1, 5 und L. 3 §. 12 D. de suis et leg. 38, 16*) ist bekanntlich nur dasjenige Kind ein legitimes (justus infans), welches ex justis nuptiis **zur rechten Zeit** („justo tempore"), das heißt: volle 181 Tage nach eingegangener Vermälung, geboren wurde.

Dieser ausnahmslose Grundsatz des Pandektenrechts soll jedoch nach der Ansicht verschiedener Auctoritäten durch Justinian wo nicht aufgehoben so doch modificirt sein. Indessen herrscht keine Uebereinstimmung, in welcher Weise das ältere Recht geändert worden sei. Während einige Civilisten, wie

Thibaut Pand. (Ausg. 7) §. 346. 366,
Mackeldey Röm. Recht § 539,
Mühlenbruch Pand. §. 205,

sich schwankend oder zweifelhaft ausdrücken, nimmt unter Andern Wening-Ingenheim Civilrecht Bd. I §. 59 (Buch I §. 78), indem er sich auf L. 11 C. de natur. lib.

---

*) S. a. L. 3 D. de his, qui sui 1, 6: „quos ex justis nuptiis procreavimus".

5, 27 beruft, an, daß jetzt jedes gleichviel wann in der Ehe geborene Kind legitim geboren werde, also weder für unehelich noch für legitimirt zu halten sei. Wenn noch hinzugesetzt wird, daß jedoch das Kind von dem nunmehrigen Ehemanne erzeugt sein müsse, so versteht sich das an und für sich von selbst. Denn auch dasjenige Kind, welches nach dem 181sten Tage geboren wird, ist und bleibt ein uneheliches, wenn bewiesen wird, daß es nicht von dem Ehemanne herrühren könne. Daher fragt es sich nur, ob nach dieser Ansicht die Präsumtion „pater est, quem nuptiae demonstrant" auch auf die vor dem 182sten Tage in der Ehe geborenen Kinder bezogen werden soll. Nach dem Pandektenrecht konnte begreiflich diese Frage ganz und gar nicht aufgeworfen werden. Denn, da nach ihm das zu früh geborene Kind unehelich ist und bleibt, spurii oder quasi sine patre sind und daher nicht einmal Alimente von ihrem Erzeuger verlangen können*), so fiel demzufolge auch jedes rechtliche Interesse weg, den ungewissen Vater eines solchen Kindes zu erforschen**). Ja, wie dermalen nach dem französischem Rechte***), konnte er gar nicht offenbart werden†). Anders mußte es freilich nach dem neueren römischen Rechte stehen, wenn das in der Ehe geborene (jedoch nicht legitimirte) Kind mit dem Ehemanne im Concubinat gezeugt war. Es hatte dann, als „naturalis" partus, auch rechtlich in gewisser Weise einen Vater, der seitdem in dieser Hinsicht unzweifelhaft wohl auf dieselbe Weise wie der ehrliche Vater demonstrirt werden konnte, indem ana-

*) Glück Pand. Th. 28 S. 68 fg.

**) Nam nec patrem habere intelliguntur, cum is etiam pater incertus est. §. 12 J. de nupt. 1, 10. Hi autem nullum patrem habere intelliguntur. §. 3 J. de succ. 3, 5.

***) Code civil 340: La recherche de la paternité est interdite.

†) L. 23 D. de statu hom.: Vulgo concepti dicuntur, qui patrem demonstrare non possunt.

logisch präsumirt werden mußte, daß das, 181 Tage nach Eingehung des Concubinats geborene, Kind von dem Concubinator erzeugt wurde*).

Wening bezieht nun die Präsumtion „pater est, quem nuptiae demonstrant“, auch für das heutige römische Recht, nicht auf das vor dem 182sten Tage in der Ehe geborene Kind**). Alsdann steht die Sache so: das Kind muß, trotzdem es in der Ehe geboren ist, wegen seiner Zeugung vor der Ehe vorläufig und bis auf Weiteres präsumtiver Weise als nicht von dem Ehemanne herrührend und demgemäß als illegitim angesehn werden. Allein die Ehefrau, das Kind uud Jeder, der dabei interessirt ist, mag den Beweis unternehmen, daß der Ehemann der Erzeuger war, und eine Präjudicialsentenz erwirken. Fällt sie günstig aus, so müßte alsdann das Kind consequent zwar rückwärts von Anfang seiner Existenz an von Allen als legitimes Kind anerkannt werden. Doch könnten freilich wohlerworbene Rechte Dritter***), welche unbetheiligt blieben bei dem Processe, nicht gebrochen werden durch die res de statu praejudicata; denn diese

---

*) Die nov. 117 cap. 6 verlangt, daß nicht nur die Eingehung des Concubinats, sondern auch die Zeugung (γονή) unzweifelhaft, d. h. in der zutreffenden Zeit erfolgt ist. Vergl. Glück Pand. Th. 28 S. 68 ff. 73 ff. 147 fg. 374 ff. Doch muß die Präsumtion der Ehelichkeit wohl für die stärkere gehalten werden. Denn fingiren wir z. B., das Kind wurde vor Ablauf des zehnten Monats nach Auflösung des Concubinats und über 181 Tage nach Eingehung der Ehe geboren, so wird es unzweifelhaft als eheliches, nicht als Concubinenkind gegolten haben.

**) Auch eine factische Präsumtion, daß der coitus am ehesten von dem nunmehrigen Ehemanne anticipirt sein werde, wird man selbst dann wohl nicht zulassen, wenn derselbe zur Zeit der Zeugung rite et solenniter Bräutigam der schwanger Werdenden war.

***) Dazu sind heut zu Tage auch die Lehns- und Fideicommißvettern zu rechnen. Vrgl. Preußisches Landrecht II, 2, 17. 18. S. a. II, 4, 117 ff.

wirkt bekanntlich nur im Allgemeinen ein jus inter omnes*), während es für alle besonders qualificirten Verhältnisse auch hier bei der Regel bleibt: res judicata jus tantum inter partes facit.**)

Gesetzt nun der Ehemann anerkennt freiwillig das Kind als das seinige, so ist gegen ihn keine Klage de partu seu statu agnoscendo möglich; denn sie kann doch nur gegen einen die Grundlage der Klage Läugnenden angestellt werden. Daher kann man behaupten, daß die außergerichtliche Anerkennung des Kindes von Seiten des Ehemanns dieselbe, aber freilich auch keine größere Kraft, wie eine res judicata haben müsse, obwohl es sich von selbst versteht, daß die Anerkennung unter Umständen als mehr oder weniger starkes Beweis indicium gegen Dritte benutzt werden kann***).

Die Meisten jedoch von Voët (Comm. in Pand. I, 6, 5) bis Savigny (Röm. Recht II. S. 389) lesen aus der L. 11 C. cit. und nov. 89 cap. 8 §. 1 heraus, daß die Anerkennung des Kindes durch den Ehemann, aber auch nur diese †), den Mangel der Geburt ante justum tempus heile

*) L. 1 §. 16 L. 2. 3 D. de agn. lib. 25, 3.
L. 1 §. 4 D. de lib. exh. 43, 30.
L. 25 D. de statu 1, 5.

**) L. 1. 5 D. si ing. 40, 14.
L. 42 D. de lib. causa 40, 12.
L. 63 D. de re jud. 42, 1.
Vrgl. Keller Litisc. S. 392 ff.
Savigny Röm. Recht Bd. VI S. 471 ff.

***) L. 29 pr. D. de prob. 22, 3.
L. 1 §. 3 D. de quaest. 48, 18.

†) „Für den Fall verweigerter (oder stillschweigend ausbleibender) Anerkennung ist der Inhalt der L. 11 C. nicht geeignet, die nach den Pandekten gegen die Legitimität streitende Vermuthung zu beanstanden.“ Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte Bd. I Nr. 163. S. a. Glück Pand. Th. II S. 110 fg.

oder, wie es bei Savigny und in dem Erkenntnisse bei Seuffert a. a. O. heißt: „den fehlenden Zeitraum ersetze", und zwar rückwärts gegen Jedweden. Gesetzt also, diese Anerkennung erfolgt nicht, sei es weil der Ehemann nicht anerkennen will, sei es weil er sich nicht aussprechen kann: so ist und bleibt das Kind illegitim, selbst wenn es vom Ehemanne herrühren sollte und das beweisen kann. Eine Klage de partu pro legitimo agnoscendo vel de filiatione ist daher gar nicht denkbar, und das Kind namentlich dann übel berathen, wenn der Vater, der wegen Abwesenheit oder Krankheit vielleicht gar nichts von der Geburt weiß oder schwankend ist, stirbt, ohne sich erklärt zu haben. Hierzu kommt, daß die Anerkennung und damit der status des Kindes öfters äußerst zweifelhaft sein kann, während dasselbe Interesse, welches den Abschluß der Ehe an einen formellen und zweifellosen Act gebunden hat, offenbar auch hier waltet. Man denke nur an Consensmängel wegen metus, dolus, error, inconstantia und stillschweigende Anerkennung durch concludente Handlungen! Es ist ein Uebel, wenn längere Zeit der status einer Person ungewiß oder in suspenso und schließlich der Willkühr oder Laune oder dem Schicksale Preis gegeben ist. Schon deswegen wird man eine solche Modification des alten Rechts von der Gesetzgebung nicht ohne genügende Gründe vermuthen dürfen.

Eine in der Mitte liegende Meinung findet sich daher in einem Erkenntnisse des Oberappellationsgerichts zu Wiesbaden vom 6. März 1850 bei Seuffert Archiv Bd. 13 Nr. 232. Ihm zufolge ist, wie nach der Weningschen Auffassung, jedes in der Ehe geborene und, gleichviel wann,

---

Hierbei ist nur noch zu bemerken, daß die Pandekten keine „Vermuthung" aufstellen, vielmehr dem ante justum tempus Geborenen die Legitimität absolut und für alle Fälle absprechen.

von dem (nunmehrigen) Ehemanne gezeugte Kind legitim. Da aber bei dem vor der Ehe empfangenen Kinde weder für noch gegen die Erzeugung vom Ehemann eine Rechtsvermuthung spreche, so müsse dieselbe nöthigenfalls bewiesen werden. Das könne vollgültig und gegen Jedweden geschehen durch die Thatsache der Anerkennung des Kindes seitens des Ehemannes. Allein diese zu erweisende Thatsache, da in ihr keine Willenserklärung, kein wirksamer Dispositionsact, vielmehr nur ein Geständniß*) gesucht werden dürfe, gebe oder heile weder noch ersetze irgend etwas. Vielmehr könne theils der anticipirte concubitus des Ehemannes auch auf andere Weise dargelegt, theils das processualisch als Beweismittel herangezogene Geständniß des Ehemannes vollständig durch Gegenbeweis entkräftet werden. Wenn nun einer Seits dieses Geständniß und anderer Seits der concubitus eines Dritten während der zutreffenden Zeit nachgewiesen sei, so werde dadurch die (wegen des Geständnisses) anzunehmende Erzeugung vom Ehemann erschüttert, aber möglich sei sie doch immerhin neben dem concubitus des Dritten. Deshalb müsse in solchem Falle der Partei, welche das Geständniß (die Anerkennung) behauptet und bewiesen habe, das suppletorium nachgelassen werden.

Nach diesem auffälligen Urtheile würde also die Lage des Kindes bis zu einem etwaigen Processe und rechtskräftigen Urtheile stets durchaus ungewiß bleiben. Doch soll Anerkenntniß zufolge Erkenntnisse der Obertribunale in Berlin und Stuttgart vom 26. Juli 1848 und 7./13. Juli 1858 bei Seuffert Archiv Bd. 3 Nr. 299 und Bd. 12 Nr. 244 (vgl. Glück Pand. Th. 2 S. 105. Th. 21

---

*) Außergerichtliche Geständnisse sind keine verpflichtende Handlungen. Savigny a. a. O. VII. S. 44 fg. Bayer Civilproc. (Aufl. 7) S. 411 ff.

S. 241. Th. 28 S. 79) bei allen Kindern nach Analogie der possessio libertatis eine Art possessio oder quasi possessio status bewirken.

Uebrigens nahmen auch die Oberappellationsgerichte zu Lübeck und Dresden (s. Erk. v. 11. Nov. 1854 u. Sept. 1855 bei Seuffert Arch. Bd. 8 Nr. 344 u. Bd. 11 Nr. 10) gegen das Grundprincip, daß mehrere Concumbenten die Vaterschaft*) ungewiß machen, für ein solches Kind, dessen Mutter in der zutreffenden Zeit vor der Ehe nicht bloß bei ihrem Ehemanne sondern auch einem Dritten schlief, zwei Väter an: einen ehelichen und einen unehelichen. Da nun nach dem Dresdener Urtheile ein Anerkenntniß des Ehemannes gegen diesen, und zwar an und für sich nur gegen diesen, dergestalt wirkt, daß er dasselbe nachher nicht anzufechten vermag, um dadurch dem Kinde die Rechte eines ehelichen zu entziehen, so kommen ihm diese Rechte (vermöge der Anerkennung) selbst dann zu, wenn die Schwängerung (d. i. der concubitus) seitens des Dritten constatirt wird. Wenn jedoch das Anerkenntniß des Ehemannes als „ein

---

*) Hierüber ist kein Zweifel und kann kein Zweifel sein. Denn Alle, welche bei unehelichen Kindern die exceptio plurium stupratorum nicht zulassen, stützen die Alimentationsverbindlichkeit des Stuprators auf eine obligatio ex delicto vel quasi. Glück, der die Frage Pand. Th. 28 S. 193 ff. mit gewohnter Ausführlichkeit behandelt, sagt daher S. 198 fg.: „Wen könnte diese Verbindlichkeit eher treffen, als Die, welche insgesammt Mitverbrecher (!) sind? Für die Vaterschaft des einen Supratorս sind also ebenso viel Gründe vorhanden, wie für die Vaterschaft des andern.“ Ganz recht! Wenn man aber zwei gleiche Größen von einander subtrahirt, so gibt es Null, und streng genommen geht es daher trotz „aller natürlichen Billigkeit“, auf die schließlich sämmtliche für das „arme Kind“ vorgebrachte Gründe hinauslaufen, diesem vermöge logisch-juristischer Consequenz nicht besser wie Buridans Esel, der mit gleicher Stärke von zwei Bunden Heu angezogen wird, und noch immer dasteht, ohne zu fressen!

zwischen ihm und dem Schwängerer verhandeltes Geschäft, als ein gegen diesen ertheiltes Geständniß oder als eine Verzichtleistung zu betrachten wäre": so könne kein Anspruch gegen den Schwängerer geltend gemacht werden.

Indem wir alle diese Annahmen nur für Verirrungen der Theorie und Praxis halten können, getragen von einer nie geprüften Tradition, soll unser Zweck vorliegend die Beweisführung sein, daß keinerlei Aenderung des Pandektenrechts in dieser Materie erfolgt, und daher nach heutigem römischen Rechte das ante justum tempus geborene Kind ein illegitimes, jedoch, wenn die Requisite*) der Legitimation per subsequens matrimonium vorhanden sind, ein legitimirtes ist.

Zum Verständniß der Sachlage gehört vor Allem, daß bei den Römern, obwohl sie, in ähnlicher Weise wie wir, Hochzeitsfeierlichkeiten (nuptiarum celebritates), namentlich Hochzeitsschmäuße und eine solenne Heimholung der Braut in das Haus ihres neuen Ehemannes (die in domum deductio) üblicher Weise kannten, doch zur Perfection der Ehe in rechtlicher Hinsicht bekanntlich nichts weiter nöthig war, als gegenseitiger Consens (affectio maritalis seu nuptialis), also ein Vertrag, der in der unförmlichsten Weise, namentlich auch mündlich, ja stillschweigend durch concludente Handlungen abgeschlossen werden konnte**), und wahrscheinlich unter den Gesichtspunkt des Gesellschaftsvertrags (societas)

*) Zu diesen Requisiten rechnet man bekanntlich auch den Consens sowohl des Vaters als des Kindes (nöthigenfalls durch Vormundschaft). Allein genau genommen behauptet ersteren Consens das römische Recht nirgends, und letzteren (nov. 89 cap. 11 pr.) eigentlich nur insofern, als der etwa widerstrebende Sohn nicht wider seinen Willen unter väterliche Gewalt gezogen werden soll. Vrgl. übrigens das „Tanta est vis matrimonii etc." in C. 6 X. 4, 17.

**) L. 30 D. de reg. jur. „Nuptias — consensus facit".

fiel,*) da die Ehegatten zwar nicht bona, aber „omnem vitam“ sich als „consortes“, als „socii“ communiciren, so daß eine „individua vitae consuetudo“ entsteht (§. 1 J. de patr. pot. I, 9. L. 1 D. de ritu nupt. 23, 2. L. 4 C. exp. her. 9, 32). — Das behielt auch Justinian bei, obwohl er in novella 74 cap. 4 pr. klagt, daß solcher Gestalt es öfters zweifelhaft geworden wäre, ob eine Ehe eingegangen sei oder nur der, bei den Römern erlaubte, Concubinat, und daß im Concubinat Lebende aus Nützlichkeitsgründen häufig falscher Weise erdichtet hätten, es seien von ihnen beim Beginn des Concubinats durch stillschweigenden consensus maritalis justae nuptiae abgeschlossen. Nam cum antiquis legibus sancitum, sagt er, et a nobis ipsis quoque (cf. nov. 22 cap. 3) dispositum est. ut nuptiae etiam sine nuptialibus instrumentis ex solo affectu valeant et ratae sint, respublica exinde falsis contractibus completa est, et testes sine periculo accedunt, mentientes: quod vir eam, quam concubinam (τὴν συνοικοῦσαν) habuit, dominam vocaverit, illaque similiter eum appellaverit, itaque matrimonia finguntur, quae tamen revera non contracta fuerunt. Indessen verordnete der Kaiser aus diesen Gründen, daß die höchsten Staatsbeamten (maximis dignitatibus**) ornati), und zwar ohne Zweifel auch wenn sie ohne Function und Salair „codicillos tantum honorariae dignitatis“***) erlangt hatten, nicht ohne schriftlichen Ehevertrag für verheirathet geachtet werden sollten.

Nov. 74 l. c.

Nov. 117 cap. 4.

---

*) Die Gründe, welche gegen die Vertragsnatur der Ehe, namentlich in neuerer Zeit, geltend gemacht sind, fallen unseres Erachtens schon nicht mehr in das Gebiet der historischen Kritik, sondern politischer und kirchlicher Tendenzen.

**) cf. tit. C. de dignitatibus XII, 1.

***) L. 2 C. ut ordo dign. XII, 8.

Es ist ferner festzuhalten, daß, so wenig wie das deutsche, auch das ältere römische Recht eine Legitimation durch nachfolgende Ehe kannte. Wenn daher Jemand seine Concubine durch consensus nuptialis in eine Ehefrau verwandelte, blieben die mit der Concubine erzeugten Kinder illegitime uneheliche Kinder. Das ist ebenfalls von Justinian nicht geändert worden. Allein er gab nach, daß dann Concubinenkinder vermöge Rechtsfiction, jedoch ohne rückwirkende Kraft (s. g. vis oder fictio retrotractiva), in eheliche verwandelt*), und demgemäß auch vollkommen successionsfähig sein sowie überhaupt mit den bereits vorhandenen und zukünftigen ehelich geborenen Kindern ohne allen Unterschied „una eademque lance“ gewogen werden sollten, wenn ihre Eltern „ab initio“ sich heirathen konnten, und „postea“ einen schriftlichen Ehevertrag (nuptialia instrumenta) machten.

L. 10 C. de nat. lib.

Das ist der Ursprung**) unserer Legitimation durch nachfolgende Ehe, und es ergeben sich beide Requisite derselben, obwohl das erste bestritten***), an die Stelle des zweiten aber jetzt Trauung oder ein sonstiger namentlich

---

*) „Jus legitimorum habent“!

**) Die Constantinisch-Zenonischen Verfügungen in L. 5 C. de nat. lib. können als bloß transitorische Normen hier füglich außer Beachtung bleiben.

***) Es verwechselt nämlich dieß Requisit mit der vis retrotractiva (siehe oben und Thibaut Versuche I, 10 sowie Mühlenbruch Pand. §. 558) ganz irrig insonderheit v. Vangerow (Pand. §. 255), der auch ebenso irrig meint, Justinian habe durch die legitimatio per subsequens matrimonium dem Concubinat entgegen wirken wollen. Freilich fielen diejenigen Concubinate weg, welche wegen der Legitimation der Kinder in Ehen verwandelt wurden; allein das Institut des Concubinats mußte durch die Hoffnung, die natürlichen Kinder in eheliche verwandeln zu können, gerade befördert werden. Der gesetzgeberische Grund ist offenbar Favorisirung der natürlichen Kinder.

Civilact*) getreten ist, mit größter Sicherheit aus den Quellen. Denn es spricht Justinian sehr ausdrücklich bloß von dem Falle, daß Jemand ein Weib, welches er ebenso gut auch zur Ehefrau haben konnte**), nur zur Concubine nimmt, nachher aber „affectione maritali procedente nuptialia instrumenta“ mit ihr macht. Dabei mußte nun jedoch die wichtige Frage entstehen, auf welchen Moment zurückzugehen und zu sehen sei: auf den Moment der Geburt oder bis auf den Moment der Erzeugung des legitimirten Kindes. Es konnte im letztern Momente das connubium gemangelt, im erstern aber vorhanden gewesen sein; es konnte ein anfängliches Ehehinderniß in der Zeit zwischen Erzeugung und Geburt weggefallen sein. Zum Beispiel es nahm Jemand eine geschiedene Ehefrau innerhalb der s. g. Wartezeit, d. i. innerhalb des ersten Jahres nach der Scheidung, zur Concubine, und zeugte mit ihr einen Sohn, der aber erst nach Ablauf der Wartezeit geboren wurde. Hierauf heirathete der Erzeuger die Concubine. Mußte nun auf den Moment der Geburt gesehen werden, so war der Sohn legitimirt; mußte auf den Moment der Erzeugung gesehen werden: so blieb er nach Justinians Bestimmungen trotz des subsequens matrimonium illegitim, weil zur Zeit der Zeugung die Wiederverheirathung der Concubine gesetzlich interdicirt war; denn die Wartezeit bildet

*) Wegen des „Tanta est vis matrimonii etc.“ in C. 6 X. 4, 17 wird man auch die formlosen sponsalia de praesenti des canonischen Rechts ohne instrumenta nupt. genügend finden müssen.

**) L. 11 C. cit.: „cum qua poterat habere connubium“. Nov. 12 cp. 4: „quam licebat etiam legitime ducere uxorem“. L. 10 C. eod.: „cujus matrimonium non est legibus interdictum“. §. 13 J. de nupt. I, 10: „cujus matrimonium minime legibus interdicfum fuerat.“ Vergl. Mühlenbruch Pand. §. 557, der daher ganz richtig die Behandlung der s. g. fictio retrotractiva §. 558 unter die „Wirkung“, das besprochene Requisit aber §. 557 unter die nothwendigen „Erfordernisse“, d. i. Vorbedingungen der Legitimation stellt.

bekanntlich wegen der sonst zu befürchtenden „turbatio sobolis“, d. i. wegen des gerechten Bedenken, welchem Manne das Kind angehören würde, ein das connubium vernichtendes starkes Ehehinderniß. Ebenso lassen sich andere Ehehindernisse denken, welche vor der Geburt des Kindes weggefallen sind, z. B. Gelübde der Keuschheit, von welchen entbunden ist, gänzliche Verschiedenheit der Religion, Standesungleichheit, Staatsämter, welche hindern, u. s. w. Ein besonders interessanter Fall ist auch folgender. Verband sich ein Mann affectu maritali mit einer in väterlicher Gewalt stehenden Dame ohne Consens ihres paterfamilias, so war nach dem Pandektenrecht (L. 2 D. de ritu nupt. 23, 2) keine Ehe, nur etwa Concubinat vorhanden; es wurde aber dieser Concubinat ohne Weiteres*) Ehe, sobald der paterfamilias gestorben war. Gesetzt nun in dieser Verbindung wurde ein Sohn vor dem Tode des paterfamilias gezeugt und nach seinem Tode geboren, mit andern Worten vor der Ehe empfangen und in der Ehe geboren, so war derselbe (siehe L. 11 D. de statu hom. 1, 5) kein justus filius. Wurde er aber durch nachfolgende Ehe legitimirt, falls Bestärkung derselben durch instrumenta nuptialia vorlag?

Hierüber zweifelte und stritt man, nachdem Justinian zunächst in L. 10 C. de nat. lib. seine Legitimation der Concubinenkinder eingeführt hatte, und es scheint, als wenn die Meisten sich zu der strengern, aber consequentern Ansicht geneigt hätten, es müsse auf den Moment der Zeugung gesehn werden. Denn Justinian sagt: „wenn Jemand ein Weib außerehelich in sein Bett gelegt hat (in suo

*) Dasselbe Princip findet sich ausgesprochen für die Fälle in L. 4. 27 u. 65 §. 1 D. der ritu nupt. 23, 2. Man muß es aber nicht dahin auffassen, daß die Ehe revalidirt werde. Sie wurde vielmehr (bei fortdauerndem affectus maritalis) erst perfect mit dem Momente des Wegfallens des Hindernisses. Siehe Bähr Anerkennung S. 183.

contubernio collocaverit), welche er auch hätte heirathen können", nicht aber: wenn ein Weib außerehelich ein Kind von einem Manne geboren hat, welcher sie auch hätte heirathen können. Allein der Kaiser schneidet diesen wie auch einen andern Zweifel in der L. 11 C. cit. zu Gunsten der Concubinenkinder dahin ab, ut semper in hujusmodi quaestionibus, in quibus de statu liberorum est dubitatio, non conceptionis sed partus tempus inspiciatur, exceptis tantummodo his casibus, in quibus conceptionem magis approbari, infantium conditionis utilitas expostulat. Er wiederholt Das in nov. 89 cap. 8 §. 1 mit den Worten: cum dubitaretur, utrum oporteat conceptus an partus respici tempus, sancimus, ut non tempus conceptus sed partus inspiciatur propter filiorum utilitatem. Si vero contigerit tales aliquas excogitari circumstantias casuum, in quibus est utilius conceptionis tempus quam partus tempus illud valere magis praecipimus quod utilius sit nascenti.*) Das sind die Stellen, welche, wenn man sie aus ihrem Zusammenhange, in dem sie sich gelegentlich näherer Normirung der Legitimation durch nachfolgende Ehe befinden, herausreißt, eine generellere Bedeutung zu haben scheinen, als ihnen in der That „in hujusmodi tantum quaestionibus, in quibus de statu (h. e. de legitimatione) liberorum dubitatio est", zukommt. Es kann aber der augenscheinlichste Beweis geführt werden, daß der Kaiser keineswegs unter Aufhebung des Pandektenrechtes verfügen wollte, es solle in Zukunft jedes in der Ehe geborene, obwohl nicht gezeugte, Kind ein legitim geborenes sein. Justinian behandelt nämlich gerade unmittelbar vor den excerpirten Stellen diesen Fall, daß

*) Eine ganz ähnliche Entscheidung siehe in pr. J. de ing. I, 4. Es soll nämlich ein uneheliches Kind freigeboren sein, wenn seine Mutter zur Zeit der Conception oder der Geburt oder medio tempore frei war.

Jemand mit einer Concubine einen Sohn zeugt, alsdann die schwangere Concubine ehelicht, und nun, also in der Ehe, der Sohn geboren wird. Wäre nun die gegnerische Ansicht richtig, so hätte Justinian diesen Fall dahin entscheiden müssen, daß der Sohn legitim geboren sei, gleichviel ob der Ehevertrag schriftlich oder nur mündlich, ob ausdrücklich oder stillschweigend abgeschlossen wurde. Das thut er aber nicht, vielmehr ist nach Justinian der Sohn illegitim, wofern nicht der Ehevertrag schriftlich (durch instrumenta nuptialia) eingegangen wurde; Justinian fordert also trotz der Geburt in der Ehe eines seiner Requisite der Legitimation, und es ist also heut zu Tage, nachdem an die Stelle der instrumenta nuptialia kirchliche oder civile Trauung getreten ist, ein solcher in förmlicher Ehe geborener Sohn ein legitimirtes, nicht aber ein legitim geborenes Kind, ein naturalis filius, qui postea factus est legitimus. — Gewiß würde auch Justinian nicht unmittelbar an diesen Fall die obigen Excerpte beiläufig angehängt haben, wollte er eine weit über zweifelhaft gewordene Legitimationsfragen hinausgreifende Regel unter stillschweigender Cassation des bisherigen Rechtes aufstellen. Auch kann dieses, in den Pandekten sich findende, Recht, daß nur das in der Ehe gezeugte Kind für legitim gelten soll, durchaus nicht zweifelhaft geworden sein, da es die Klarheit selbst ist. — Ferner würden es die Compilatoren der erst Ende des Jahres 533 fertig gewordenen Pandekten wohl nicht in dieselben aufgenommen haben, wäre es, wenn auch nur stillschweigend, durch die den 18. März (XV. Kal. Apr.) 530 promulgirte constitutio 11 C. de naturalibus liberis aufgehoben worden. — Am unbegreiflichsten aber muß endlich erscheinen, daß man sich für die oben referirten Anerkennungstheorieen auf diese Constitution und nov. 89 cap. 8 §. 1 hat berufen mögen, da beide Gesetze auch nicht ein

bestätigendes Wort, vielmehr das tiefste Stillschweigen in dieser Hinsicht enthalten.

Somit ist richtiger Anschauung zufolge auch nach dem heutigen römischen Rechte ein „ehelich geborenes" Kind (ex justis nuptiis natus infans) nur das, welches in der Ehe gezeugt wurde.

Uebrigens stimmt auch das deutsche Recht mit dem römischen insofern überein, als man den Sohn, welcher nicht zum mindesten 41, und die Tochter, welche nicht zum mindesten 40 („ane eine vierzik"?) Wochen *) nach eingegangener Ehe geboren ist, dergestalt als unzeitig „beschelten" mag, daß sie weder ihres Vaters noch ihrer Mutter Gut erben.

Sachsenspiegel I, 36.

Schwabenspiegel, Art. 280 ed. Laßr, Art. 37 ed. Gengler.

Vergl. Wilda Zeitschrift für deutsches Recht IV, 289 ff.

Doch wird behauptet, diese Stellen redeten zwar allerdings von dem Falle, daß ein Kind vor der Ehe gezeugt und in der Ehe geboren sei, allein auch nur in der beschränkten Richtung, daß man es dann als ein solches beschelten möge, welches nicht von dem nunmehrigen Ehemann herrühre.

Wilda a. a. O. S. 288.

Diese Interpretation aber ist schon deßwegen falsch, weil eine solche „Bescheltung" stets und nicht bloß in dem obigen Falle möglich ist, der also gar nicht als etwas Besonderes ausgezeichnet zu werden brauchte. Demgemäß muß der Satz, daß jenes Kind „an seinem Rechte" bescholten werden

---

*) Dieser Termin ist also bedeutend länger wie der römische, obwohl er rationeller zu sein scheint. 181 Tage sind nur 6 Monate, 41 Wochen aber sind 287 Tage, oder, den Monat, wie bei der römischen Computation, zu $30\frac{1}{4}$ Tage gerechnet, 9 Monate und $14\frac{3}{4}$ Tage. Vrgl. Glück Pand. Th. 28 S. 110 ff.

möge, einen andern Sinn haben, und dieser ergibt sich mit Evidenz, wenn auch nicht aus dem Sachsenspiegel, doch aus dem Parallel-Artikel des Schwabenspiegels, welchen Wilda a. a. O. nicht citirt und daher wohl betreffend übersehen haben wird. Denn es heißt hier ja ausdrücklich, daß das Kind nur dann „gerechtfertigt" (als Ehekind) dastehe, wenn es 41 beziehungsweise 40 Wochen nach Eingehung der Ehe geboren, mithin bereits von Anfang an „in seiner Mutter Leibe Ehekind" (vergl. Art. 376 ed. Lahr, 42 Lassb. & Wackern.) gewesen, also „in einem echten (ehelichen) Brautbette" empfangen (Wilda a. a. O. S. 291 fg.) sei, und nur alsdann seines Vaters (der also zweifellos ist) und seiner Mutter Gut erbe.

Vergl. Eichhorn Rechtsgesch. §. 351.

Wenn nun Renaud Privatrecht Bd. I §. 121 *mit* Beziehung auf Wilda behauptet, die Zeugung in der Ehe, welche die deutschen Rechtsbücher verlangten, „erscheine jetzt nicht mehr nothwendig", so hat er Wilda offenbar nicht verstanden, und eine Behauptung ohne den mindesten Beweis gewagt. Es mag nämlich mit dem römischen Rechte stehen, wie es will, so muß festgehalten werden, daß die fremden recipirten Rechte entweder gar nicht oder doch nur in subsidium auf rein deutschrechtliche Institute, wie Adel, Lehen und Fideicommisse, bezogen werden dürfen, und mit Recht sagt daher Gerber Privatrecht §. 268 Note 7, daß ein entschiedenes Princip der Rechtsbücher des Mittelalters, trotz etwa entgegenstehender Principien des römischen oder canonischen Rechts keineswegs verlassen werden dürfe bei Rechtsverhältnissen, welche sich als eigenthümliche bewahrt und von der Einwirkung des fremden Rechts im Wesentlichen frei erhalten haben. Uebrigens sagt Wilda a. a. O. S. 289 ausdrücklich, daß jetzt, nachdem und weil wir an Stelle der deutschen Desponsation die (kirchliche oder civile) Trauung als rechtsnothwendig zum Eheconsens hätten, aller-

dings nur die in der Ehe empfangenen Kinder ehelich geboren seien. Die Meinung von Wilda reducirt sich also eigentlich darauf, daß nach dem deutschen Rechte des Mittelalters die zwischen der Desponsation, welche die Ehe damals im Wesentlichen schon bewirkte, und der Heimholung (Uebergabe) gezeugten Kinder aus einem echten Brautbette geboren seien, was nicht unrichtig scheint.

Vielleicht darf jedoch nicht ganz übersehen werden, daß nach der Praxis die mit einer Braut erzeugten Kinder nachsichtiger Weise für privilegirt gehalten werden. Indessen, wie Dem auch sein und wie fest auch das Privileg der Brautkinder stehen mag, so hat es doch nur die Bedeutung, daß solche Kinder, falls die Ehe mit dem Bräutigam wegen seines Todes oder gerichtlich constatirter böslicher Verlassung unmöglich geworden ist, für legitimirte Kinder geachtet werden sollen *), mit andern Worten: es soll zu ihren Gunsten fingirt werden, die nicht zu Stande gekommene nachfolgende Ehe sei doch zu Stande gekommen. Das ist Alles! Vergl.

Thibaut Pand. §. 346.
Wening Civilrecht Bd. I. §. 59 (Buch I §. 78) Note h.
Mühlenbruch Pand. §. 508.
Richter Kirchenrecht §. 271.
Archiv f. civ. Praxis Bd. 13 Nr. 6.
Glück Pand. Th. 2 S. 113 ff.
Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte Bd. 12 Nr. 344.

Endlich soll in nov. 117 cap. 2 die Modification stehen, daß, wenn ein Kind von seinem Vater urkundlich

*) Nach dem preußischen Landrecht II, 2, 597 erlangt das Brautkind „die Rechte eines ehelichen schon durch die bloße gerichtliche Erklärung des Vaters."

für ein eheliches erklärt sei, dasselbe auch für ein solches (und zwar absolut) gelten müsse.*)

Allein es ist auch in nov. 117 keineswegs dem Erzeuger gestattet worden, die Natur der Dinge, zumal zum Nachtheile Dritter, zu verändern, vielmehr, da es bei dem römischen formlosen Ehevertrage öfters ungewiß und zweifelhaft sein konnte, ob eine Ehe oder ein Concubinat bestehe, nur dieses: in förmlicher Urkunde auf irgend eine Weise zu versichern, es sei (nicht ein Concubinat sondern) eine Ehe abgeschlossen worden; dann sollte dieß als genügender Beweis gelten und kein Einspruch dagegen geschehen. Es gibt also nicht einmal eine Legitimation per nuncupationem seu scriptum patris (Mackeldey Römisches Recht §. 554. Mühlenbruch Pandekten §. 557), und die ganze Bestimmung der nov. 117 muß jetzt, weil die Ehe nicht mehr durch formlosen Vertrag eingegangen wird, als weggefallen angesehn werden, indem die kirchliche oder civile Trauung, welche wir dermalen haben, gewiß nur auf anderm Wege als durch ein scriptum patris bewiesen werden kann.**) Der urkundliche Ausspruch des Vaters ergibt also heut zu Tage ebenso wie seine formlose mündliche Anerkennung des Kindes lediglich ein Paternitäts-Beweismittel gegen ihn (als Geständniß) und Dritten gegenüber (siehe oben) ein mehr oder weniger starkes Indicium.

Das canonische Recht aber, welches unter Andern Richter Kirchenrecht §. 266 entfernt heranzieht, sagt cap. 10 X. de prob. II, 19 nur, daß, wenn Concumbenten ein Kind „dilucide" als das ihre anerkannt haben, keiner von ihnen später dieses eigene Zeugniß als falsch anfechten

---

*) S. z. B. Thibaut Pand. §. 366. Mühlenbruch Pand. §. 205 Note 9.

**) Bähr Anerkennung S. 186.

dürfe, bezieht sich also nicht auf die vorliegende Frage. Ueberdieß können Dritte ein solches Zeugniß entkräften. Vergl. Cap. 3 X. qui filii s. leg. IV, 17.

So dürfte sich denn zeigen, daß die besprochenen Irrthümer theils wohl ihren Grund in dem Uebersehen jener formlosen Eingehung der Ehe haben, welche (abgesehn von den höchsten Dignitarien) bei den Römern Rechtens war, theils in einer halb bewußten halb unbewußten Favorisirung der Mantelkinder, welche mehr und mehr in der Theorie hervortritt. Wohin aber eine solche Neigung führen kann, das zeigt z. B. Wasserschleben, indem er (Jurist. Abhh. Seite 156. 158) im Predigertone die Behauptung wagt, daß die „Mantelkinder den ehelichen deshalb vom Richter gleichgestellt werden müßten, weil das ein Sieg der Humanität sei, welche die unschuldigen Kinder nicht für die Sünden der Eltern büßen lassen wolle, nachdem das frühere unsittliche, außereheliche Verhältniß durch nachfolgende Ehe aufgehoben worden", und daß daher „gar kein Grund einzusehen sei, warum dasselbe humane Princip nicht auch für den Adel, Lehen und Fideicommisse gelten solle." Ein solches „mildes und christliches Princip" muß um so mehr auf eine schiefe und abschüssige Bahn führen, als die Zurücksetzung der Mantelkinder gar nicht oder wenigstens nicht allein ihren gesetzgeberischen Grund in Inhumanität oder der Anforderung makelloser Zeugung hat, sondern in sehr praktischen Nützlichkeits- und Zweckmäßigkeits-, ja sogar Sittlichkeits-Motiven, weshalb denn auch das englische Recht durchaus dabei stehen geblieben ist.

Vergl. Wilda a. a. O. S. 299 fg.

Es soll nämlich, wie es Blackstone Com. II, 16 richtig ausdrückt, durch die Ehe mit Bestimmtheit festgesetzt werden, welchen Personen die Sorge für die Kinder obliegt. Bei der Legitimation aber kann es ungewiß bleiben, ob das Kind auch dem Manne angehört, der die Mutter ehelicht, und es er-

öffnet die Möglichkeit derselben leicht Gelegenheit zu Ränken und Parteilichkeit; nicht minder kann sie ein unsicheres Schwanken der Rechtsverhältnisse und Unordnung, Erschütterung der Festigkeit der Erbfolge, Haß, Zwietracht und Streitigkeiten unter den legitimen und legitimirten Kindern herbeiführen. Auch daraus aber dürfte folgen, daß der Satz: legitimati pro legitimis habeantur dem lediglich deutschen Rechte gegenüber unanwendbar ist. Vollkommen richtig sagt daher das Rechtsbuch nach Distinctionen ed. Ortloff I, 5 dist. 4*) mit Bezug auf die obige Satzung, daß legitimati zwar ihre Eltern, aber nicht ihren Eldervater und ihre Eldermutter beerben, d. h. nicht in Lehen und Fideicommißgüter succediren; denn diese verdankt man nicht den Eltern, sondern der providentia majorum.

Nach dem französischen Rechte (Code civil art. 312) ist nur das während der Ehe empfangene Kind (l'enfant conçu pendant le mariage) legitim, das vor der Ehe gezeugte und in der Ehe geborene dagegen stillschweigend ehelich gemacht**), obwohl selbst die durch später nachfolgende Ehe und Anerkennung legitimirten Kinder ohne Unterschied alle Rechte der ehelichen haben.

Vrgl. Marcadé Franz. Civilrecht v. Pfaff Bd. I S. 104. 110 ff.

Das preußische Landrecht dagegen sagt Th. II Tit. 2 §. 1: „Die Gesetze gründen die Vermuthung, daß Kinder, die während einer Ehe erzeugt **oder geboren** werden, von dem Manne erzeugt sind.“ Obwohl dieser Paragraph, auch wenn man ihn wörtlich nimmt, gar nicht eine Vermuthung der ehelichen Geburt, sondern nur der Erzeugung

*) S. a. Wilda, a. a. O. S. 291 fg.

**) Selbstverständlich kann jedoch der Ehemann seine Vaterschaft unter Umständen bestreiten. Code civil 314. 316 ff.

von dem Ehemann aufstellt: sprach sich doch eine Mehrheit von Juristen, namentlich

Wünsch in Simon und Strampff Zeitschrift I, 397 ff.*)

dahin aus, daß nach preußischem Rechte jedes in der Ehe, wenn auch unmittelbar nach der Hochzeit, geborene Kind nicht bloß als vom Ehemanne erzeugtes, sondern auch als eheliches, legitimes Kind angenommen werden müsse**), und dieser Ansicht folgte das Geheime Ober-Tribunal zu Berlin.

Bornemann, Preuß. Civilrecht V, 267.

Doch traten der Praxis desselben, welche keineswegs Gesetzeskraft hat,

Simon Preuß. Staatsrecht I. S. LIX fg.

sowohl verschiedene Schriftsteller wie anderweite Gerichtshöfe entgegen.

Bornemann a. a. O. S. 267 ff.

Indessen wird man die Ansicht des Geh. Obertribunals für die richtigere halten müssen. Es dürfte dieß mit genügender Ueberzeugungskraft aus den, besonders von Wünsch a. a. O. besprochenen „Materialien" zum Landrecht (Vol. 80 fol. 81) hervorgehen. Dort bemerkt nämlich der eigentliche Legislator, Oberamts-Regierungsrath Suarez in der revisio monitorum gegen Kammergerichtsrath von Grolman: „der Satz pater est, quem nuptiae

*) Siehe jetzt auch Savigny R. R. II, 416 fg.

**) Vorbehaltlich natürlich des Gegenbeweises, daß das Kind nicht von dem Ehemanne erzeugt sein könne. Hat dieser aber das Kind ausdrücklich oder stillschweigend als das seinige anerkannt, so können, mit Ausnahme der Lehns- und Fideicommißanwärter als solcher, die Verwandten die Rechtmäßigkeit des Kindes niemals anfechten. Landrecht II, 2, 2 ff. Die Lehns- und Fideicommißvettern aber werden consequent auch von rechtskräftigen Urtheilen, welche nicht gegen sie erkannt wurden, unberührt bleiben. Siehe jedoch Landrecht II, 4, 117 ff.

demonstrant, paßt so gut auf Kinder, die 24 Stunden, als die 6 Monate nach der Hochzeit geboren wurden. Der favor legitimitatis gestattet nicht, daß der status der unter 6 Monaten geborenen Kinder dem schweren Beweise, daß der Ehemann vor der Hochzeit concubitum anticipirt habe, ausgesetzt werde." Dieser, wiewohl sehr starke, Irrthum ist ziemlich klar! Bei der Schlußrevision soll Suarez freilich schwankend geworden sein und geäußert haben, daß ein Kind nur dann pro legitimo et ex justis nuptiis procreato geachtet werden dürfe, wenn von der Hochzeit bis zur Geburt wenigstens 7 Monate verlaufen seien.

Bornemann a. a. O. S. 263 fg.

Allein es erhellt nicht, daß diese Aenderung der Suarez'schen Meinung von der Gesetzcommission angenommen wurde, da der maßgebende Paragraph des Landrechts II, 2, 1 endlich so stehen geblieben ist, wie er zuvor gefaßt war.

Vergl. Savigny R. R. II, 416 fg.

Daher werden wir annehmen müssen, daß Suarez die „abnorme und in keinem andern Lande sich findende" (Bornemann a. a. O. S. 267) Rechtsfiction in das Landrecht fließen ließ, der thatsächlich anticipirte concubitus sei nicht anticipirt.

Collidirt aber solcher Gestalt das preußische mit dem gemeinen Rechte, so kann eine eigenthümliche Verwicklung entstehen. Man nehme: ein in der Ehe geborener aber vor der Ehe erzeugter Sohn lebt unter dem preußischen Landrecht, während sein Vater ein Lehn hinterläßt, welches in einem gemeinrechtlichen Gebiete liegt. Succedirt er in dasselbe oder nicht, da nach II. F. 26 §. 10 „naturales filii, liceat postea fiant legitimi, ad successionem feudi" nicht admittirt werden sollen?*) Auf den ersten Blick könnte man

*) Die Versuche, diese Stelle umzudeuten und zu beseitigen, bleiben um so mehr hier unberührt, als sie der jetzt gemeinen Meinung zu

sagen: es ist zwar die Frage, ob in das Lehn blos legitimi oder auch postea legitimati successionsfähig sind, allerdings nur nach dem jus rei sitae (den s. g. statuta realia) zu beurtheilen, nicht aber die ganz andere Frage, ob der fragliche Competent legitimus oder legitimatus filius ist, mit andern Worten: ob der Thatbestand vorhanden ist, welchen das Lehnrecht voraussetzt oder bedingt. Denn Fragen über das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der rechtlichen Stellung einer Person im Allgemeinen und Besondern nebst der davon abhängenden Rechtsfähigkeit, kurz alle Fragen, welche die Persönlichkeit (den status) betreffen, also z. B. ob eine Person für volljährig oder minderjährig, adlich oder bürgerlich, erbfähig oder erbunfähig, handlungs- und erwerbsfähig oder nicht, bürgerlich todt oder rechtsfähig, ehelich oder unehelich, legitim oder legitimirt, legitimirt oder nicht legitimirt zu halten ist, sowie sonstige Zweifel über die Familienverhältnisse und überhaupt alle Eigenschaften, Zustände und Befugnisse, welche lediglich als ein Ausfluß der Persönlichkeit betrachtet werden müssen, sind ja überall nach demjenigen Recht zu beurtheilen, welches an dem Wohnorte dieser Person für ihren Stand gilt, nach den statuta personalia, d. i. leges domicilii.

Es ist nicht zu läugnen, daß eine solche Auffassung der Sache etwas Scheinbares hat. Bei tieferm Nachdenken

---

folge (vergl. Gerber Deutsches Privatrecht §. 268) mißlungen sind. Das deutsche Recht kannte überdieß eine Legitimation durch nachfolgende Ehe gar nicht, und die Rechtsbücher des Mittelalters (s. Kraut D. Privatr. Ausg. 5 §. 186. 217) beweisen lediglich einen Kampf, nicht aber einen Sieg des römisch-canonischen Rechts gegen diesen altdeutschen Grundsatz. Indessen erlaubten sich allerdings die Kaiser Legitimationsrescripte gegen das cap. Naturales. Siehe die Glosse ad cap. Nat. und die Diplome von 1324 („Nobis, qui sumus supra jus"), 1408 und 1409 bei Gudenus Cod. dipl. II, 1025 und Kraut a. a. O. §. 18 Nr. 39, §. 217 Nr. 9 und 3.

läßt sich indessen leicht ihre fehlerhafte Oberflächlichkeit auffinden. Es liegt nämlich der Grund der sehr natürlichen Regel, daß Fragen über das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein persönlicher Eigenschaften überall aus dem jus domicilii und keinem andern Recht — denn welches sollte es an und für sich sein? — zu entscheiden sind, wie Eichhorn Privatr. S. 99 richtig bemerkt, „nicht darin, daß ein solcher status von der Person unzertrennlich sei, sondern in dem Umstande, daß die Gesetzgebung den status der Auswärtigen (regelmäßig) nicht zum Gegenstande ihrer Verfügungen zu machen pflegt, mithin deren auswärtige Rechtsfähigkeit stillschweigend anerkennt. Ebendaher fällt jene Regel weg, sobald (auswärts) etwas über diese (die Persönlichkeit der Auswärtigen) bestimmt ist"; mit andern Worten: die Regel hat nur einen generalen und subsidiarischen Charakter. Auf diese Weise können also z. B. an ihrem Wohnorte Personen vollkommen fähig sein, Grundeigenthum zu erwerben, welche es auswärts nicht dürfen (Juden, Ketzer, Stifter u. s. w.). Unzweifelhaft können sie alsdann auswärts nicht ihr jus domicilii geltend machen. Savigny Röm. R. VIII, 161 ff.

Daher ist nun vor Allem namentlich stets zu prüfen, ob es nicht am Orte der belegenen Sache Specialnormen gibt, welche in Hinsicht derselben absolut für und gegen Alle, mögen es Einheimische mögen es Auswärtige sein, auch bezüglich ihrer betreffenden persönlichen Fähigkeit und Unfähigkeit wirken. Das ist aber hier der Fall. Es collidiren nämlich vorliegend gar nicht einander coordinirte, sondern subordinirte Rechtsquellen, und für diese haben wir die Regel, daß alles Speciellere, Particulärere, Singulärere dem Allgemeinern im Fall einer Discrepanz vorgeht. Es concurrirt hier nicht Landrecht mit Landrecht, sondern Landrecht mit Lehnrecht. Wie nun das bäuerliche Hofrecht, das Fideicommißrecht, das Zunftrecht, Stadtrecht oder das

Recht eines Standes, z. B. das Privatfürstenrecht, Privilegien, Statuten und Gewohnheitsrechte einer Ritterschaft und des niedern Adels oder des Bürgerstandes, der Beamten, des Militairs u. s. w., als Singularrechte oder Ausnahmsrechte jedem Landrecht so lange im Falle einer Collision vorgehn, als dasselbe nicht absolut gebietender oder verbietender, also cassatorischer Natur ist:*) so und in ganz gleicher Weise geht auch das Lehnrecht als ein solches Specialrecht für einen engern Rechtskreis, gleichviel aus welcher Quelle es herrührt, wo es enthalten sein mag und auf welche einzelne Punkte und Verhältnisse es sich bezieht, allem Landrecht (jus generale) vor. Man wird nicht zweifeln, daß, wenn ein ritterschaftliches oder Zunft-Statut Personen für unfähig zur Aufnahme in die betreffende Körperschaft erklärt hat, kein Competent sich dagegen auf sein jus domicilii berufen kann, weil er nach ihm in jeder Hinsicht rechtsfähig sei. Man wird zugeben, daß, wenn ein Specialrecht ein anderes Lebensjahr für die Mündigkeit oder Volljährigkeit festgesetzt hat, wie das jus domicilii generale, dieses für jenen engern Kreis des Specialrechts weichen muß. Niemand kann sich also in Lehnsangelegenheiten auf seine allgemeine Mündigkeit berufen, falls er nicht **lehns**mündig ist. Keineswegs anders aber steht es mit Dem, was das Lehnrecht über Legitimität und Legitimation bestimmt. Es entscheidet über die Lehnsfolge und damit auch die Lehnsfolgefähigkeit weder das jus domicilii noch auch das jus rei sitae**), sondern das jus curiae feudalis, d. i. dasjenige Lehnrecht, welches dort geltend ist, wo der Lehnshof sich

*) S. Savigny a. a. O. VIII, 22.

**) Daß das Lehnrecht nicht ganz richtig als Realstatut bezeichnet wird (siehe z. B. Savigny R. R. VIII, 198. 306. 319 fg.), geht auch daraus hervor, daß es nicht bloß eine durch die Lehnstreue scharf ausgeprägte personelle Seite hat, sondern auch sogar ohne alle Dinglichkeit bestanden hat.

befindet*), von welchem das Lehn relevirt, und erst in subsidium, insoweit das betreffende Lehnrecht schweigt, kommt für Personalverhältnisse das jus domicilii, für Realverhältnisse das jus rei sitae in Betracht. Eichhorn a. a. O. §. 38**) faßt deshalb die Sache folgender Maßen: „Da die Rechte der Lehnsfamilie am Lehn dadurch bestimmt werden, daß ihnen dieses als ein von einem bestimmten Lehnshof nach dessen Gesetzen abhängiges Lehn überlassen ist, und Bestimmungen dieser Art, soweit keine prohibitive Gesetze im Wege stehen***), den (Personal- und) Real-Statuten vorgehen, so bestimmen sich auch die Rechte der Lehnsfamilie am Lehn, nicht nur in ihrem Verhältniß unter einander, wie (z. B.) bei dem Successionsrecht, sondern auch gegen Dritte nach dem jus curiae feudalis". Hiernach muß also auch dann das jus curiae maßgebend sein, wenn am Orte des Lehns ein anderes Lehnrecht wie am Orte des Lehnshofs gilt. Vrgl. die Kais. Wahlcapitulation XXI, 1. Siehe jedoch auch die goldene Bulle Cap. XI, indem früher mitunter Landesregierungen, wie z. B. die östreichische und baierische, ausländischen Lehnshöfen gar keine Jurisdiction (kein Evocationsrecht) über ihre feuda extra curtem zugestehen wollten, so daß für dieselben öfters Filiallehnshöfe (s. g. Lehnspröpste) etablirt wurden.

Moser Lehnsverfassung S. 860 ff.

---

*) oder befand, wenn das Lehn dergestalt alodificirt wurde, daß (siehe z. B. das preußische Gesetz vom 2. März 1850 §. 2) nur „das Obereigenthum des Lehnsherrn und die lediglich aus diesem entspringenden Rechte" aufgehoben wurden. Vergl. Eichhorn Privatr. §. 244. Gerber Privatr. §. 137. Preuß. Landrecht I. 18, 654.

**) S. a. Weber Lehnrecht I, 285 ff. Pätz Lehnrecht. §. 21.

***) Das ist z. B. der Fall in Hinsicht des Begriffs der Ehelichkeit nach dem longobardischen Lehnrecht. Die Ehe, welche dasselbe vor Augen hatte, ist nämlich heut zu Tage gar nicht mehr möglich oder, wenn sie doch vorkommen sollte, ein absolut verbotener Concubinat.

Somit ist es lediglich eine Interpretationsfrage, was die dem 12. Jahrhundert angehörenden libri feudorum unter **postea** legitimi facti filii verstehen. Es kann keinem gerechten Zweifel unterliegen, daß der Feudist neben dem germanischen nur allein das römische Recht vor Augen hatte, und daher unter **postea** legitimi nicht bloß die per matrimonium post partum, sondern auch die per matrimonium subsequens post conceptionem legitimi facti verstand.

Recht augenscheinlich dürfte die Verkehrtheit der Anwendung der s. g. **Personalstatuten** auf unsern Fall werden, wenn wir fingiren, daß die zwei nächsten Lehnscompetenten der eine unter der Herrschaft des gemeinen, der andere dagegen unter dem preußischen Landrechte wohnt, beide aber nur in der Ehe geboren, nicht auch gezeugt sind. Obwohl sie sich ganz in derselben Lage befinden, würde bei Anwendung der Personalstatuten, wegen des verschiedenen Wohnorts der eine lehnsfolgefähig, der andere lehnsfolgeunfähig sein, eine Ungleichheit der Behandlung, welche das Lehnrecht unmöglich gewollt haben kann!

B. Bemerkenswerthe Entscheidungen oberer Gerichte mit gedrängter Angabe der Entscheidungsgründe.

XIX. Aus der Spruchpraxis der Juristen-Facultät in Gießen.

Mitgetheilt vom Referenten, Herrn Professor Dr. Regelsberger, dermalen in Würzburg. (Schluß v. S. 318.)

V.

Gibt es eine Klage auf Anerkennung der Nichtigkeit eines Geschäfts und auf Rückgängigmachung der darauf sich gründenden thatsächlichen Folgen — zur Lehre von der Beweislast. —

Welchen Weg unser Recht zur Herbeiführung eines richterlichen Urtheils über die Nichtigkeit eines der äußern Erscheinung nach gültig errichteten Rechtsgeschäfts und zur Abwendung der nachtheiligen Folgen desselben eröffne, ist in Theorie und Praxis ausnehmend bestritten.

Die Jurisprudenz des 17. und 18. Jahrhunderts nahm zu diesem Behufe eine selbständige querela nullitatis an, deren Grund die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts bildete.

Stryk, Usus modern. pand. lib. IV. tit. 3. §. 6: querela nullitatis deducenda in judicium, causa nullitatis cognoscenda et contractus per sententiam pro nullo declarandus.

Ferner die bei

Savigny, System des röm. Rechts Bd. IV. S. 540 Note f. angeführten Schriftsteller.

Doch lief hier manche Unklarheit und Vermischung der Nichtigkeit mit der bloßen Anfechtbarkeit unter, wie erhellt aus

Schmidt, Lehre von den Klagen und Einreden 7. Aufl. §. 695. Note z.

welcher bemerkt, die Bezeichnung querela nullitatis rühre von den Juristen her, die Quellen sprächen nur von einer Klage aus dem Kontrakt. Indeß wird auch von ihm eine querela nullitatis wegen wirklicher Nichtigkeit eines Testaments anerkennt. (§. 537.)

Insofern diese Theorie die Auffassung einmischte, daß erst durch das richterliche Urtheil das nichtige Rechtsgeschäft seines Daseins beraubt werde, daß mit andern Worten die Nichtigkeitsklage eine Vernichtungsklage sei, woran sich die Annahme einer selbständigen Verjährung dieses Rechtsmittels und einer nach deren Vollendung eintretenden Gültigkeit und Unangreifbarkeit des Geschäfts schloß: insoweit war die Bekämpfung vollkommen gerechtfertigt, welche von der neueren Juristenschule dagegen gerichtet wurde. Das Wesen der Nichtigkeit besteht im Gegensatz zur blosen Anfechtbarkeit gerade darin, daß das nichtige Geschäft rechtlich gar nicht besteht, darum auch nicht umgestoßen werden kann.

L. 71 §. 4. de fidejuss. 46, 1.

Allein die Anhänger dieser Ansicht begnügten sich mit diesem Widerspruche nicht. Sie behaupteten weiter, es fehle jedes Bedürfniß für eine selbständige auf die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gestützte Klage. Sei das Geschäft noch nicht vollzogen, so schütze genügend die Einrede der Nichtigkeit. Wo aber der thatsächliche Zustand den durch das Geschäft beabsichtigten Wirkungen entsprechend sei, werde aus dem durch das nichtige Geschäft scheinbar aufgehobenen oder beschränkten Rechte geklagt, bei nichtiger Veräußerung einer Sache mit der Eigenthumsklage, gegen den eine Erbschaft auf Grund nichtigen Testaments Besitzenden mit der Klage aus dem gesetzlichen Erbrecht u. s. w.

Savigny a. a. O. S. 540—542.

Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht. §. 67.

Sintenis, practisches Civilrecht Bd. I. §. 24. Note 17.

In Seuffert's Archiv für oberstrichterliche Entscheidungen finden sich für diese Ansicht folgende Urtheile:

Bd. IV. Nr. 319 (Obertribunal in Stuttgart).

Ebendaselbst Nr. 320 (Oberappellationsgericht in Darmstadt).

Bd. XV. Nr 144 (Obertribunal in Berlin).

In der That weisen die Quellen des römischen Rechts mehrfach auf diesen Weg hin.

L. 5 §. 18 de donat. inter vir. et ux. 24, 1.

L. 5 §. 15 de reb. eor. qui sub tut. 27, 9.

C. 4. C. 10. C. 16. de praed. min. 5, 71.

So sehr sich diese Theorie durch Einfachheit und strenge Folgerichtigkeit empfiehlt, so wenig wird sie dem practischen Bedürfniß gerecht. Nicht überall, wo ein begründetes Interesse an einem richterlichen Ausspruch über die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts besteht, wird durch das Letztere ein Recht bedroht, aus dem geklagt werden könnte, z. B. es hat Jemand unter hoher Straffumme ein Versprechen abgelegt, das er für nichtig hält. Soll er dem Vertrag zuwiderhandeln auf die Gefahr, von dem Richter, welcher über die Nichtigkeit eine andere Ansicht hat, in die empfindliche Buße verurtheilt zu werden?

Seuffert's Archiv Bd. XVII. Nr. 208.

Man verweist wohl für solchen Fall auf die Provocation zur Klaganstellung ex lege Diffamari. Aber die Voraussetznng einer wirklichen Berühmung zumal nach der strengeren Auffassung

Wetzell a. a. O. §. 18. Note 40—42.

wird nicht immer gegeben sein.

Aber auch angenommen, daß durch den thatsächlichen Vollzug des Geschäfts die Erhebung einer Klage auf dem angedeuteten Weg ermöglicht ist, so liegt immerhin eine unbillige Erschwerung, wo nicht Verkümmerung der Rechtshilfe darin, daß ein Urtheil über die Nichtigkeit des Geschäfts und die Rückgängigmachung der darauf sich stützenden thatsächlichen Folgen nur mittelst der Klage aus dem dinglichen Rechtsverhältnisse nebst den damit verbundenen Schwierigkeiten und Gefahren der Beweisführung erlangt werden kannn.

Nachschrift des Herausgebers von Seuffert's Archiv zu Bd. VI. Nr. 320.

In Würdigung des practischen Bedürfnisses haben einige neuere Juristen eine selbständige Klage auf Aner-

kennung der Richtigkeit angenommen, eine Präjudizialklage, an welche ein Begehren um Wiederherstellung des früheren thatsächlichen Zustandes zunächst nicht geknüpft wird.

Wächter w. P. R. II. 660 Note 20 a. E. (welcher jedoch diese Austragung der Sache von einem darauf bezüglichen Uebereinkommen der Parteien abhängig macht).

Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund §. 69 a. E. (S. 319—321 der 2. Aufl.)

Unger, System des österreichischen Privatrechts Bd. II. §. 91 Note 36.

Windscheid, Lehrbuch des Pandectenrechts §. 82 Note 6.

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts Bd. I. §. 71 a. E.

Und nachdem die Zulassung der bejahenden Anerkennungsklage (über den Bestand eines Rechtsverhältnisses) in Theorie Praxis und Gesetzgebung mehr und mehr Anklang findet,

m. vgl. die Nachweise bei Windscheid a. a. O. §. 45 Note 8, dazu

die badische Proceßordnung vom 12. April 1851 §. 278, wird man sofort geneigt sein, auch einer Präjudizialklage über den Nichtbestand eines Rechtsverhältnisses Raum zu geben.

Es darf jedoch hiebei nicht übersehen werden, daß die bejahende Anerkennungsklage ihren festen civilrechtlichen Grund hat; es ist die Klage aus dem Rechtsverhältnisse, dessen richterliche Anerkennung verlangt wird. Die Abweichung liegt nur darin, daß das Gesuch um den Ausspruch über das Dasein des Rechtsverhältnisses (deklaratorisches Urtheil) aus seiner natürlichen Verbindung mit dem Gesuch um Verurtheilung des Beklagten (dispositives oder imperatives Urtheil) gelöst und selbständig erhoben wird.

Eine wirkliche Analogie zwischen der bejahenden und verneinden Anerkennungsklage wird man daher nur annehmen können, wenn sich für die Letztere in ähnlicher Weise eine Grundlage im Civilrecht nachweisen läßt. Daß diese Begründung der älteren Theorie von der querela nullitatis mangelte, daß sie einzig auf dem willkürlich erfundenen Namen zu beruhen schien, das hat nicht zum Wenigsten zur ebenso schnellen

als vollständigen Verdrängung derselben beigetragen, obwohl ihr ein wahrer Kern nicht fehlte.

Es besteht aber noch ein anderer Anlaß der rechtlichen Natur des nichtigen Geschäften gegenüber zustehenden Rechtsmittels genauer nachzuforschen. In den meisten Fällen wird dem Interesse derjenigen Partei, welche die Gültigkeit des Geschäfts bestreitet, mit der bloßen Erklärung der Nichtigkeit kein Genüge geschehen. Diese Partei wird auch dasjenige wieder zurückerlangen wollen, was in Vollzug des Geschäfts an den Gegner gekommen ist, und zwar mit einer persönlichen Klage, welche sie des schwierigen Beweises ihres dinglichen Rechts enthebt und den thatsächlichen Zustand vor dem Vollzug wiederherstellt.

Derjenige Anspruch, an welchen man zuerst erinnert wird, weil der Eine auf Kosten des Andern ohne Grund etwas hat, ist die Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung (condictio sine causa). Nach den Grundsätzen des römischen Rechts hat aber dieser Anspruch einen wirklichen Vermögensübergang zur Voraussetzung, es genügt zu dessen Begründung die bloße Veränderung des thatsächlichen Zustandes nicht.

L. 12. i. f. usufruct. quemadm. 7, 9. Et proditum est neminem rem suam nisi furi condicere posse.

L. 15. de condict. c. d, c. n. s. 12, 4.

Aus einem nichtigen Geschäft entspringt kein Recht, welches einer anfechtbaren Forderung ähnlich kondizirt werden könnte, und das auf den Grund eines nichtigen Geschäfts Geleistete geht häufig nur thatsächlich, nicht rechtlich auf den Empfänger über.

Allerdings wird im römischen Recht auch der Besitz (jus possessionis) als ein Vermögensbestandtheil, dessen Verlust als eine nachtheilige Vermögensänderung und dessen Erwerb als eine wahre Bereicherung angesehen. Daher konnte der Besitz Gegenstand einer Rückforderung wegen grundloser Bereicherung sein, es gab eine condictio possessionis.

L. 25. §. 1. furti 47, 2.

L. 15. §. 1. de condict. indeb. 12, 6.

Bruns Recht des Besitzes S. 27 ff.

Seuffert's Archiv Bd. XIX. Nr. 152.

Es liegt nahe, das von den Neueren vermißte Rechtsmittel in der condictio possessionis zu erblicken, wie dieß in der That geschieht von

Windscheid a. a. O.

Wenn man den Ausspruch in

L. 6. de donat. i. v. e. u. 24, 1.

auf diese Klage beziehen dürfte, so fehlte es sogar für diese Auffassung nicht an einem unmittelbaren Beleg im römischen Recht.

Trotzdem muß die Zurückführung des vom Verkehr geheischten Forderungsrechts auf die condictio possessionis als unzureichend aufgegeben werden.

Der Vollzug eines nichtigen Geschäfts besteht nicht immer in der Uebergabe einer Sache. In dem der Beurtheilung unterstehenden Falle hat der Beklagte auf Grund des Vergleichs, dessen Nichtigkeit behauptet wird, die thatsächliche Abgrenzung eines Triftwegs erlangt, mithin den Besitz einer Dienstbarkeit. Die Anwendungen der condictio possessionis in den römischen Rechtsquellen beziehen sich durchweg nur auf den Sachbesitz. Nun mag man sich bei der Gleichheit des Grundes für die Ausdehnung der genannten Klage auf den Rechtsbesitz entscheiden. Dennoch bleibt selbst für den ersteren Fall das Bedenken, daß der Kläger, wenn die Sache selbst nicht herausgegeben werden kann, nur den Werth des Besitzes erlangt, nicht den Werth der Sache (d. h. des Eigenthumsrechts).

L. 21. §. 2. quod metus causa 4, 2.

L. 6. unde vi 43, 16.

L. 3. §. 11. uti possidetis 43, 17.

Da aus dem römischen Recht unmittelbar eine Rechtshilfe nicht nachzuweisen ist, welche der gezeichneten Anforderung des heutigen Lebens vollkommen gerecht wird, so bleibt nur die Wahl, entweder sich bei der Annahme einer fühlbaren Lücke im geltenden Recht zu beruhigen, oder einen der neueren Rechtsentwickelung entsprungenen Rechtssatz anzuerkennen, welcher über den beschränkten römischen Standpunkt hinausreicht. Die überwiegenden Gründe sprechen für die zweite Alternative.

Die oben erwähnte, lange Zeit in Theorie und Praxis festgehaltene Annahme einer selbständigen querela nullitatis

trägt weit mehr den Stempel einer nur unter falsche juristische Gesichtspunkte gebrachten wirklichen Rechtsüberzeugung an sich als den Charakter einer blos irrthümlichen wissenschaftlichen Auffassung des römischen Rechts. Die Bekanntschaft mit dem Letzteren war eher geeignet, jene Rechtsüberzeugung zu festigen als zu entkräften. Kannte doch das römische Recht in der condictio sine causa eine Klage zur Erlangung eines richterlichen Urtheils über den Bestaud eines Rechtsgeschäfts, sowohl eines obligatorischen Versprechens

L. 1. L. 3. de condict. sine causa 12, 7 u. a.

als eines Schulderlasses

L. 4. L. 10. de condict. c. d. c. n. s. 12, 4.

Formell freilich ging die Klage dort auf feierliche Quittungsleistung (Acceptation), hier auf Wiederbegründung des aufgehobenen Forderungsrechts (zuweilen auch auf sofortige Erfüllung). Aber das war nur die eigenthümliche römische Hülle, in welcher der sachliche Ausspruch über die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts zur Erscheinung kam.

Schwerer konnte ins Gewicht fallen, daß das vor das richterliche Forum gezogene Rechtsgeschäft überall formell rechtsbeständig und nur materiell unwirksam, daß mithin ein Rechtskörper vorhanden war, welcher der Anfechtung ein Angriffsobject bot. Allein abgesehen davon, daß es zur Erkennung dieses feineren Uuterschieds einer schärferen Beobachtungsgabe bedurft hätte, als der damaligen Zeit eigen war, so beruhte derselbe in manchen Anwendungen auf besonderen geschichtlichen Gründen der römischen Rechtsentwickelung, ein Umstand, der die Verwischung dieses Gegensatzes in der neueren Rechtsanschauung begünstigte:

z. B. L. 4 pr. de servit. 8, 1.

§. 3. J. de Verb. Obl. 3, 15.

Savigny, System Bd. III. S. 221, 225.

Uud selbst bei nichtigen Rechtsgeschäften bot sich nach römischem Recht unter Umständen ein selbständiges Klagrecht zur Veranlassung eines richterlichen Urtheils über die Nichtigkeit. Wenn über das Geschäft demjenigen Theil, welcher dadurch ein Recht erwerben oder eine Befreiung erlangen sollte, eine Urkunde behändigt war, so konnte sie der Aussteller mit condictio sine causa

C. 3. de condict. indeb. 4, 5

C. 2. de condict. ex lege 4, 9
C. ult. de solut. 8, 43
oder mit actio ad exhibendum zurückfordern.
C. ult. ad exhib. 3, 42
und damit die Frage über die Nichtigkeit zum Austrag bringen.

Man darf dieses Rechtsmittel nur der formellen Anknüpfungspunkte entkleiden, um eine verneinende Anerkennungsklage in Anwendung auf nichtige Geschäfte zu gewinnen. Und dieser Schritt liegt um so näher, da durch den Abschluß eines solchen Geschäfts wenigstens eine thatsächliche Wirkung erzeugt wird, welche eine Unsicherheit des Rechtszustandes begründet und möglicher Weise nachtheilig ausgebeutet werden kann. Die Anschauung von der Zulässigkeit einer selbständigen verneinenden Anerkennungsklage hat sich überdieß in der querela nullitatis bei der Ehe und in der Nichtigkeitsbeschwerde des Proceßrechts zur unzweifelhaften Geltung durchgerungen.

Die condictiones sine causa bilden nicht minder eine Analogie für den persönlichen Anspruch auf Rückgabe des in Vollzug des nichtigen Geschäfts Geleisteten. Der Empfänger hat dasselbe ohne Grund, wenn auch nicht gerade ex injusta causa so doch sine causa.

L. 6. de donat. i. v. e. u. 24, 1.

Die Klage ist allerdings in ihrer römischen Gestalt unanwendbar, wenn durch die Leistung kein wahrer Vermögenserwerb vermittelt wurde. Allein diese Beschränkung hat ihren Grund in der besonderen geschichtlichen Entwickelung der Kondiktionen bei den Römern, wenn auch nicht, wie zuweilen behauptet wird, in der Formelfassung,

Vrgl. Wächter, Erörterungen aus dem römischen, deutschen und württembergischen Privatrecht Heft III. S. 97 Note 88,

und ist in der condictio furtiva schon im römischen Recht überwunden. Hat hier ein praktisches Bedürfniß über die regelmäßigen Kondiktionengrenzen hinausgeführt,

Savigny, System Bd. V. S. 553 ff. mit
Wächter a. a. O. Note 87.

so handeln wir sogar im Geiste der römischen Rechtsentwickelung, wenn wir diese Erstreckung im Interesse des Verkehrs erweitern.

In diesem Sinne haben sich bereits mehrere Schriftsteller und oberste Gerichtshöfe ausgesprochen:

Wächter, Württemb. Privatr. Bd. II. S. 665. Note 36,

Seuffert in der schon erwähnten Nachschrift zu Bd. VI. Nr. 320 seines Archivs.

Bähr a. a. O. §. 69 a. E.

Unger a. a. O. §. 91 Note 35, der jedoch die rechtliche Natur der „persönlichen Klage auf Rückgabe" nicht näher bezeichnet,

Seuffert's Archiv:

Bd. III. Nr. 117 und Bd. XIII. Nr. 256 (drei Entscheidungen des Oberappellationsgerichts in Cassel vom 29. April 1837, 22. September 1849, 30. December 1859). Bd. XVII. Nr. 208 (Oberappellationsgericht in Darmstadt vom 2. Mai 1864),

Bd. XVIII. Nr. 113 (Oberappellationsgericht in Jena vom 28. November 1839, wo die Klage als actio in factum bezeichnet wird).

Nach einem bekannten, die Lehre von der Beweislast beherrschenden, Grundsatz braucht keine Partei die regelmäßigen Wirkungen juristischer Thatsachen zu beweisen; vielmehr fällt die Beweislast dem Gegner zu, welcher sich für den einzelnen Fall auf ein Ausnahmsverhältniß beruft.

Unger a. a. O. §. 123 Note 23—25.

Nach der Regel des Rechts entstehen die Wirkungen eines Rechtsgeschäfts in derjenigen Person, welche dasselbe durch ihre juristische Thätigkeit hervorgebracht hat. Es bedarf der Einwirkung eines besonderen Umstandes, um das regelmäßige Verhältniß von Ursache und Wirkung aufzuheben und die Wirkungen der rechtlichen Handlung auf eine andere Person überzuleiten.

Ein solcher Ausnahmsgrund ist der Abschluß des Rechtsgeschäfts durch einen Stellvertreter. Die Besonderheit beruht hier auf der doppelten Voraussetzung, daß das Geschäft auf den Namen des Vertretenen abgeschlossen wurde, und daß der Vertreter dazu ermächtigt wird. Die zweite Voraussetzung kann durch nachträgliche Genehmigung ersetzt werden.

Hieraus folgt, daß ein Jeder, der aus dem Rechtsgeschäft eines Stellvertreters einen Anspruch oder eine Befreiung für sich oder eine Verpflichtung für eine andere Person ableitet, im Widerspruchsfall die Vollmacht des Vertreters oder, was ihr rechtlich gleichsteht, beweisen muß.

L. 7. pr. de exerc. act. 14, 1.
L. 13. pr. de instit. act. 14, 3.
Seuffert's Archiv Bd. XIX. Nr. 82. Bd. XXI. Nr. 63.

Urtheil in Sachen der Gemeinde Riesau, Klägerin, gegen Seine Hoheit den Herzog von Anhalt, Beklagten, wegen Nichtigerklärung eines Vergleichs (März 1871).

VI.

Objectiver Umfang der exceptio rei judicatae — Processualische Form der Berufung auf die Rechtskraft. —

Inhaltlich eines Gesellschaftsauflösungsvertrags hatte der Beklagte dem Kläger eine in drei Raten abzuführende Abfindungssumme von 6000 Thlr. zu zahlen. Nach fruchtlosem Ablauf der ersten Frist erhob der Kläger gerichtliche Klage auf Beurtheilung des Beklagten zur Zahlung der verfallenen Rate von 2000 Thlr. Der Beklagte begegnete der Klage u. A. mit der Einrede der Vertragsungültigkeit. Während dieser Proceß noch nicht über das erste Verfahren hinausgediehen war, verfiel die zweite Rate, wegen deren sofort eine weitere Klage angestrengt wurde. Auch gegen diese excipirte der Beklagte die Vertragsungültigkeit unter wesentlich gleicher Begründung wie im ersten Proceß. Der zweite Proceß überholte insofern den ersten, als das erste Verfahren desselben mit einem oberrichterlich bestätigten Zwischenerkenntniß zum Abschluß kam, zu einer Zeit, wo im ersten Proceß ein rechtskräftiges Erkenntniß noch nicht vorlag. Das Zwischenurtheil verstellte dem Beklagten die Einrede der Vertragsungültigkeit zum Beweis. Während das Beweisverfahren im Gange war, wurde der erste Proceß erledigt, indem in zwei Instanzen übereinstimmend die Einrede der Vertragsungültigkeit als rechtlich unbegründet verworfen und der Beklagte sofort der

Klagbitte gemäß veurtheilt wurde. Auf Grund dieser rechtskräftigen Entscheidung verlangte nun der Kläger im zweiten Proceß Einstellung des Beweisverfahrens und sofortige Verurtheilung des Beklagten, indem er ausführte, daß durch das im ersten Proceß ergangene rechtskräftige Erkenntniß der zum Beweis verstellten Einrede der Vertragsungültigkeit nunmehr die Replik der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegenstehe.

Hierüber äußern sich die Entscheidungsgründe.

In dem Proceß, aus welchem die sog. Replik der entschiedenen Sache abgeleitet wird, hatte der Kläger auf Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung von 3000 Thlrn. geklagt; das Gesuch war nicht zugleich auf Anerkennung der Rechtsverbindlichkeit des zwischen den Parteien abgeschlossenen Auseinandersetzungsvertrags gerichtet. Dieser Vertrag bildete zwar die Grundlage wie des zweiten so auch des zuerst eingeklagten Anspruchs, und der Richter konnte zu einer Entscheidung der ihm durch das Klaggesuch vorgelegten Frage nicht gelangen, ohne sich über die Gültigkeit des Vertrags schlüssig zu machen. Allein der richtigeren Ansicht nach erstreckt sich die Rechtskraft des Urtheils nur auf den u n m i t t e l b a r e n Gegenstand der Entscheidung, nicht auf die bloßen Mittelglieder in der Gedankenreihe, welche den Richter auf diese Entscheidung geleitet haben.

Was unmittelbarer Gegenstand der Entscheidung sei, ergibt sich aus dem Suchen (quaerere) der Parteien, zunächst aus dem Gesuch des Klägers. Das Urtheil ist die mit äußerlich verbindender Kraft ausgerüstete Antwort des Richters auf die von den Parteien gestellte Frage (quaestio). Die Rechtskraft reicht nicht weiter, als das Entscheidungsbegehren der Parteien.

Die rechtsverbindliche Kraft des Urtheils hat heutzutage wie bei den Römern ihre Quelle in dem Rechtsverhältnisse, welches unter den Parteien durch Klage und Einlassung begründet wird. Darum beschränkt sie sich — von vereinzelten Ausnahmen abgesehen — auf die Personen, welche in dieses Verhältniß eingetreten sind. Hierdurch unterwerfen sich die Parteien, freiwillig oder gezwungen, dem richterlichen Urtheil über die in Klage und Einrede an den Richter gestellten Fragen. Jede Entscheidung, welche darüber hinaus nur ge-

legentlich der Beantwortung einer vorgelegten Frage gegeben wird, entbehrt für andere Processe der Rechtsverbindlichkeit.

Es ist zwar zuzugeben, daß die richterliche Anerkennung eines Anspruchs zugleich eine Anerkennung des Grundverhältnisses in sich schließt, worauf der Anspruch fußt. Allein der Umfang der Rechtskraft bemißt sich und kann sich ohne practische Unzuträglichkeiten nicht rein nach dem logischen Verhältniß von Grund und Folge bemessen. Ein Urtheil ist nur das Schlußglied in der Kette einer bald größeren bald geringeren Anzahl von Entscheidungen über streitige Punkte, und insofern nur die Schlußfolgerung logisch richtig ist, bilden alle diese Glieder Voraussetzungen des schließlichen Ausspruchs. Nicht blos über Rechtsverhältnisse, auch über die Wahrheit von nackten Thatsachen, über die Existenz und den Inhalt von Rechtssätzen, über die Zulässigkeit und Erheblichkeit von Beweismitteln u. s. w. muß sich der Richter ein Urtheil bilden, um zur Entscheidung der an ihn gerichteten Frage zu gelangen. Es ist noch Niemanden beigekommen, die Feststellung des Richters in Ansehung der Rechtssätze und Beweismittel einer selbständigen materiellen Rechtskraft für fähig zu erklären, obwohl auch sie zu dem praktischen Urtheilsspruch in dem Verhältniß von Grund und Folge stehn.

Daß es rechtskräftige Vorentscheide über Bestandtheile eines geltend gemachten Anspruchs geben kann, ist nicht zu bestreiten. Wäre, um auf den vorliegenden Fall zurückzukommen, die Frage über die Rechtsgültigkeit des Auseinandersetzungsvertrags in einem selbständigen Prozesse, oder auch in Verbindung mit der Klage auf die ersten Theilzahlungen, jedoch mittelst eines ausdrücklichen Gesuchs an den Richter gebracht worden: so würde ein die Rechtsgültigkeit des Grundverhältnisses anerkennender richterlicher Ausspruch mit äußerlich verpflichtender Kraft auf den gegenwärtigen Rechtsstreit herüberwirken. Aber auch nur dann.

Die Forderung eines ausdrücklichen Entscheidungsbegehrens zielt nicht auf Erfüllung einer leeren Formalität ab, sie besitzt eine gute sachliche Berechtigung. Jemand, der auf einen geringfügigen Zinsbetrag ausgeklagt ist, findet vielleicht nicht die Mühe verlohnend, um dieser Summe willen sich in einen kostspieligen und zeitraubenden Proceß zu verwickeln; er vermeidet deßhalb, die Richtigkeit der Kapitalschuld zu be-

streiten und läßt sich auf die Zinssumme verurtheilen, von der Voraussetzung ausgehend, daß er durch sein Verhalten nur den Nachtheil, diese Summe zu bezahlen, auf sich lade. Diese Voraussetzung ist auch vollkommen gerechtfertigt. Sie wäre es aber nicht, wenn ihn der Kläger ausdrücklich zu einem Streit über die Existenz der Kapitalschuld herausgefordert hätte. Die Theorie von der Rechtskraft der mittelbaren Entscheidungen geht somit über die Absicht der Parteien hinaus, was um so bedenklicher ist, als der Wille der Parteien den Inhalt des Rechtsverhältnisses bestimmt, woraus die Rechtskraft des Urtheils sich herleitet.

Was bisher aus dem Wesen und Zweck des richterlichen Urtheils abgeleitet wurde, das findet in den Quellen des gemeinen Rechts eine Bestätigung.

Die geschichtliche Entwickelung des Princips der materiellen Rechtskraft im römischen Recht spricht gegen, nicht für die Erweiterung desselben über die aus der Natur der Sache folgenden Grenzen.

Pfeiffer im Archiv für civilist. Praxis Bd. 37 S. 100 fg.

Es läßt sich auch kein Zeugniß der Quellen für die Rechtskraft der mittelbaren Entscheidungen nachweisen. Der gewissenhafteste Exeget unter den Vertheidigern der hier bekannten Theorie

Windscheid, die Aktio des römischen Civilrechts §. 11.

kann nur eine Stelle als unmittelbaren Beleg gelten lassen und selbst diese Stelle

L. 1 de exc. rei jud. 44, 2

gewinnt Bedeutung für die vorliegende Frage nur vermöge eines gar nicht unbedenklichen argumentum a contrario.

Umgekehrt sprechen gegen die umfänglichere Wirkung der Rechtskraft mehrere Stellen, deren Erheblichkeit bis auf den heutigen Tag noch nicht widerlegt ist. Der Nachweis findet sich bei

Unger, System des österreichischen Privatrechts Bd. II. §. 132 Note 19.

Allerdings hat die Ansicht von der Rechtskraft der sog. Incidententscheidungen unter dem Einfluß der bestechenden Darstellung von

Savigny im System des heutigen römischen Rechts Bd. VI. §§. 291 fg.

in Theorie und Praxis die Herrschaft erlangt. Aus der letztern sind zahlreiche Belege in

Seuffert's Archiv für oberstrichterliche Entscheidungen enthalten, noch aus der neuesten Zeit ein Erkenntniß des Bundesoberhandelsgerichts in Leipzig.

Daselbst Bd. XXV. Nr. 278.

In dieser Thatsache darf jedoch eine die freie richterliche Prüfung ausschließende Feststellung der Streitfrage, ein mit dem Charakter des Gewohnheitsrechts bekleideter Gerichtsgebrauch nicht erblickt werden. Zu keiner Zeit hat es an Widerspruch gefehlt, und selbst wenn dieß nicht der Fall wäre, müßte der Irrthum, auf welchem allein jene Ansicht ruht, der richtigen Erkenntniß weichen.

L. 39 de legibus 1, 3.

Seuffert's Archiv Bd. I. Nr. 310.

Abweichende Urtheile über dieselbe Rechtsfrage sind gewiß ein Uebelstand. Derselbe wird aber mit der Annahme der Rechtskraft der sog. Incidententscheidungen nur zum geringen Theil verhütet. Er tritt sofort ein, wenn die Streitstheile in den verschiedenen Prozessen nicht dieselben Personen sind. Und nicht einmal bei der Personeneinheit ist die Möglichkeit abweichender richterlicher Aussprüche völlig fern zu halten. Der vorliegende Proceß liefert einen Beleg dafür. Als dasjenige Urtheil erging, auf welches die sog. Replik der rechtskräftig entschiedenen Sache gegründet wird, hatten sich im gegenwärtigen Proceß im Widerspruch mit jener Entscheidung bereits zwei Gerichte übereinstimmend dahin ausgesprochen, daß die Einrede der Vertragsungültigkeit an sich nicht verwerflich und nur des Beweises bedürftig sei. Angesichts der Rechtskraft unserer Beweiserkenntnisse ließe sich vom Standpunkt der Rechtskraft der Incidententscheidungen sogar der Zweifel aufwerfen, ob nicht umgekehrt die ältere rechtskräftige Entscheidung im zweiten Proceß der weiteren Beurtheilung im ersten vorgegriffen habe.

Planck, die Lehre vom Beweisurtheil S. 353—357.

Muß sonach die verbindliche Kraft des Urtheils im ersten Proceß für den gegenwärtigen Rechtsstreit in Abrede gestellt werden, so verliert die weitere Untersuchung ihre praktische Bedeutung, ob die prozessualische Form glücklich gewählt sei, in welcher die Berufung auf die vermeintliche Rechtskraft vor-

getragen wurde, und ob nach dem rechtskräftigen Beweisurtheil eine wenngleich erst nachher entstandene Einrede oder Replik eingeführt werden dürfe.

Planck a. a. O. R. 342 fg.,

Dagegen Seuffert's Archiv Bd. VIII. Nr. 104.

Nur im Vorbeigehen sei hierüber bemerkt.

Jede Replik tritt einer Einrede entgegen. Die Replik der entschiedenen Sache setzt eine Einrede voraus, über deren Grund eine besondere d. h. selbständiger Rechtskraft fähige richterliche Entscheidung vorliegt. Der Grund der Einrede, welcher im gegenwärtigen Proceß die Replik der entschiedenen Sache entgegengesetzt wird, war vorher gleichfalls in der Gestalt einer Einrede geltend gemacht und Gegenstand der richterlichen Aburtheilung. Nun kann zwar auch die Entscheidung über Einreden rechtskräftig werden. Es beschränkt sich dieß aber auf diejenigen Einreden, welche auf einem der Klaggrundlage gegenüber selbständigen Rechtsverhältnisse beruhen, wie die Einrede der Kompensation. Die Gegenforderung hat auch unabhängig von der Forderung ein rechtliches Dasein. Die Einrede der Vertragsungültigkeit dagegen, um welche es sich im vorliegenden Fall handelt, hängt auf das Innigste mit dem Rechtsverhältnisse zusammen, aus welchem geklagt wird, existirt nur in und mit demselben. Auf sie und alle mit ihr gleichartigen Einreden — sie bilden weit aus die Mehrzahl — paßt die Bezeichnung „Qualitäten der Forderung". Die Ansicht, welche die Entscheidung des Richters über die einzelnen Eigenschaften eines seiner Beurtheilung unterstellten Rechtsverhältnisses der selbständigen Rechtskraft für fähig erachtet, führt zu einer förmlichen Zersetzung des richterlichen Urtheils und schließt die bedenklichsten Folgen in sich. Sie würde vor Allem die Berufungen ins Unerträgliche steigern, die Parteien nöthigen, so manches Urtheil trotz eines ihnen völlig günstigen Anspruchs anzugreifen, damit nicht eine darin niedergelegte Ansicht des Richters über eine einzelne Eigenschaft des Rechtsverhältnisses ihnen für die Zukunft ein unüberwindliches Hinderniß bereite.

Die hier bekämpfte Rechtsanschauung ist zwar von keiner geringeren Autorität getragen als

Savigny a. a. O. namentlich S. 362 fg.

Allein derselbe hat sich damit wenigstens unter den Theore-

tikern keinen Beifall zu sichern vermocht; er setzt sich auch in einzelnen Folgerungen mit deutlichen Aussprüchen der Quellen in Widerstreit z. B. auf S. 365 mit L. 15. L. 30. §. 1 de exc. rei jud. 44, 2. Gegen diese Ausschreitung warnt nachdrücklich

Wetzell, System des ordentlichen Civilprocesses §. 47 bei Note 97.

Wenn überhaupt eine Rechtskraft des Urtheils im ältern Proceß für den gegenwärtigen anzuerkennen wäre, so würde die processualische Einwirkung derselben nur nach Art eines gerichtlichen Geständnisses zu denken sein. Sie würde den festgestellten Punkt der Ungewißheit und damit dem Beweis entrücken. Die Feststellung würde sich aber nicht blos auf die Verwerflichkeit der einzelnen Einrede erstrecken, sondern auf die Rechtsgültigkeit des Vertrags überhaupt, woraus der Kläger seinen Anspruch herleitet.

Urtheil in Sachen des Fabrikanten Friedrich Hertel in Nienburg, Verklagten jetzt Appellanten, wider den Fabrikanten Louis Schmelzer in Buckau, Kläger jetzt Appellaten, wegen Forderung (Mai 1872).

VII.

Pflicht des Proceßrichters, das ordentliche Verfahren einzuleiten, wenn die Voraussetzungen für das erbetene außerordentliche Verfahren nicht gegeben sind. — Wenn in Folge oberrichterlicher Aufhebung des eingeleiteten außerordentlichen Verfahrens der Proceß in das ordentliche Verfahren übergeleitet wird, so bleibt die durch die ursprüngliche Mittheilung der Klage begründete Zuständigkeit des Gerichts trotz mittlerweile eingetretener Wohnortsveränderung des Beklagten aufrecht.

Es ist dem Leuteranten zuzugeben, daß nach Wortlaut und Sinn des in Frage befindlichen Editionsgesuchs die Absicht des Klägers nicht auf Verhandlung seines Anspruchs im ordentlichen Proceß gerichtet war, daß derselbe vielmehr ein außerordentliches Verfahren anstrebte in der Weise, wie es vom herzoglichen Kreisgericht zunächst angebahnt wurde. Allein

wenn der Proceßrichter auch nicht befugt ist, ohne ein ausdrückliches Gesuch des Klägers zur Einleitung einer außerordentlichen Proceßart zu schreiten,

Wetzel, System des ordentlichen Civilprocesses (2. Aufl. S. 406),

so liegt doch im officium judicis, auf eine Klage, deren Petitum in unzulässiger Weise auf Anordnung eines außerordentlichen Verfahrens gerichtet ist, sofort den Ordinarproceß einzuleiten, vorausgesetzt, daß für diesen die gesetzlichen Erfordernisse vorliegen. Dafür spricht, daß in dem majus das minus enthalten ist. Da nun diese Voraussetzung im gegenwärtigen Fall außer Zweifel steht, so war es die Pflicht des Unterrichters, auf das eingereichte Editionsgesuch hin unter Verweigerung der nachgesuchten außerordentlichen Prozeßart das ordentliche Verfahren einzuleiten; und den obern Instanzen, welche den Erstrichter auf Erfüllung dieser Pflicht hingewiesen haben, fällt eine Verletzung der durch die Verhandlungsmaxime gezogenen Schranken durchaus nicht zur Last.

* * *

Es besteht nach gemeinem Proceßrecht der zweckmäßige ja kaum entbehrliche Grundsatz, daß dasjenige Gericht für den ganzen Proceß kompetent bleibt, welches in zuständiger Weise dem Beklagten die Klage mitgetheilt hat, sollte auch während des Laufs des Verfahrens der Beklagte seinen Wohnsitz in einen andern Gerichtssprengel verlegen. Die Perpetuation der Zuständigkeit wird sogar für den Fall angenommen, daß dem Beklagten eine fehlerhafte Klage blos zur vorläufigen Nachricht mitgetheilt wurde, wenn nur die Verbesserung des Klaglibells nachher erfolgt.

Bayer, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Prozeß §. 152.

Im vorliegenden Falle ist die Mittheilung des sog. Editionsgesuchs, welches wie ausgeführt sofort als Klagschrift hätte behandelt werden soll, unbestritten zu einer Zeit erfolgt, wo der Beklagte der Gerichtsbarkeit des herzoglichen Kreisgerichts B. unterworfen war. Hiedurch wurde die Zuständigkeit dieses Gerichts für den gesammten sich daran schließenden Prozeß begründet. Diese Wirkung wurde durch die rechtskräftige Aufhebung des eingeleiteten summarischen Verfahrens nicht rückgängig. Nicht die Klagmittheilung wurde von der

Vernichtung betroffen, sondern lediglich die Anordnung des außerordentlichen Processes. Erstere wurde vielmehr unzweideutig aufrecht erhalten, indem der Unterrichter die Weisung erhielt, auf das Editionsgesuch qua Editionsklage proceßordnungsmäßig zu verfügen. Eine zweite Mittheilung der Klagschrift erfolgte nicht und hätte auch jedes Zwecks entbehrt. Die frühere Mittheilung hat mindestens die Bedeutung einer Hinausschließung zur vorläufigen Notiz des Beklagten.

Urtheil in Sachen des Kaufmanns A. C. Salomons zu Weener gegen den Importeur Th. C. Salomons zu Berlin, früher zu Güsten, wegen Vorlegung von Geschäftsbüchern (Juni 1872).

VIII.

Ueber die Auslegung allgemeiner Verzichte — Gehen die Geldstücke (Kassenscheine Banknoten), welche ein Gesellschafter als Zahlung von Gesellschaftsschuldnern vereinnahmt, immer sofort in das Eigenthum der Handelsgesellschaft über?

In dem Vertrag, durch welchen die Parteien ein Gesellschaftsverhältniß aufhoben, wurde verabredet, daß der Kläger eine Abfindungssumme von 5000 Thlr. erhalten solle (§. 5), wogegen dem Beklagten sämmtliche Gesellschaftsaktiva überwiesen wurden, freilich unter gleichzeitiger Uebernahme der Gesellschaftsschulden (§. 6). In einem Schlußparagraphen (§. 9) verzichteten die Parteien „gegenseitig auf alle aus der bestandenen Gesellschaft ihnen gegenseitig zugestandenen Ansprüche“ und erklärten sich „mit diesem Vertrage gegenseitig als vollkommen abgefunden und ausgeglichen.“ Gegen die Klage auf Bezahlung der Abfindungssumme erhob der Beklagte die Einrede der Kompensation, beziehungsw. Retention, welche er folgendermaßen begründete. Der Kläger habe für die Gesellschaft während deren Bestand Gelder im Betrag von 150 Thlr. vereinnahmt, wovon bis zur Auflösung der Gesellschaft nur 56 Thlr. mittelst Bezahlung von Gesellschaftsgläubigern abgeführt worden seien. Der Rest von 94 Thlr. habe aber im Zeitpunkt der Gesellschaftsauflösung ein Ge-

schäftsaktivum gebildet, welches laut Vertrags auf ihn, den Kläger, übergegangen sei. Er bringe daher diese Summe in Gegenrechnung. Ueberdieß sei kurz vor der Auflösung zwischen ihm und dem Kläger bezüglich der vereinnahmten Gelder ein besonderes Abkommen dahin getroffen worden, daß der Letztere damit Gesellschaftsschulden decken solle. So lange der Kläger dieser Verbindlichkeit nicht nachgekommen sei, könne von ihm, dem Beklagten, die Abfindungssumme zurückgehalten werden. In der Replik führte der Kläger aus, daß der Kompensations- und Retentionsanspruch des Beklagten Angesichts des im Schlußparagraphen ausgesprochenen Verzichts völlig grundlos sei. Der Beklagte aber bestritt, daß der Verzicht hierauf sich erstrecke, indem er u. A. auch geltend machte, die fraglichen 94 Thlr. seien im Zeitpunkt der Geschäftsauflösung noch Eigenthum der Gesellschaft gewesen; der Verzicht habe keinesfalls den Zweck oder die Wirkung gehabt, ein Gesellschaftseigenthum auf den Kläger zu übertragen. Hierüber äußern die Entscheidungsgründe.

„Der Satz, daß generelle Verzichte nur auf dasjenige bezogen werden dürfen, was nach Absicht der Parteien darunter begriffen sein sollte, ist an sich richtig. Diese Auslegungsregel findet aber ihre Ergänzung in dem andern Satz, daß jede Willenserklärung in Vertragsverhältnissen in dem Sinn ausgelegt wird, in welchem sie der andere Theil verstanden hat oder nach den gesammten zur Zeit des Vertragsschlusses ihm bekannten oder als bekannt vorauszusetzenden Umständen verstehen mußte, ein Satz, von dem nur ein Irrthum des Erklärenden eine Ausnahme zu begründen vermag.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten S. 1571 unten.

Sonach bestimmt sich der Inhalt einer Vertragserklärung keineswegs nach der einseitigen Auffassung einer Partei; es kommt vielmehr darauf an, ob die andere Partei diese Auffassung getheilt hat oder verständiger Weise hätte theilen sollen. Die Richtübereinstimmung des Willens beider Vertragstheile ist unter den angegebenen Voraussetzungen der Gültigkeit des Vertrags nicht nachtheilig; vielmehr gilt das Geschäft als mit dem Inhalt erfüllt, welcher bei normaler Wahl des Ausdrucks darin gefunden werden muß.

Savigny, System des röm. Rechts Bd. III. S. 259.

Legt man die hier entwickelten Regeln zu Grunde, so gelangt

man zu einem dem Appellanten günstigen Ergebniß nicht. Der Kläger schuldete bei Abschluß des Auflösungsvertrags an die Gesellschaftskasse die mehrbenannte Summe. Es konnte dieß dem Beklagten damals um so weniger verborgen sein, als diese Gesellschaftsschuld kurze Zeit zuvor Gegenstand einer besondern Vereinbarung unter den Parteien war. Angenommen nun auch, der Beklagte wollte diese einzelne Schuld von dem ganz unbeschränkt ausgesprochenen Verzicht ausgeschlossen wissen, so war es seine Pflicht, dieser Begrenzung in dem Wortlaut des Verzichts Ausdruck zu verschaffen. Da er dieß unterlassen, so kommt sein abweichender Wille nicht in Betracht.

L. 99 pr. D. O. 45, 1.

Auch die Verzichte unterliegen den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen.

* * *

Der Appellant sucht seinem Anspruch durch die Behauptung aufzuhelfen, daß die Gelder, um deren Erstattung es sich handelt, im Zeitpunkt des Abschlusses des Auflösungsvertrags Eigenthum der Handelsgesellschaft gewesen seien. Auch diese Stütze erweist sich bei näherer Prüfung gebrechlich.

Vor Allem lassen sich ernstliche Zweifel aufwerfen, ob bei der Zahlung von Geldschulden an einen zum Empfang bevollmächtigten Vertreter des Gläubigers das Eigenthum an den Geldstücken nothwendig von dem Vertretenen erworben werde.

Sieht man zunächst auf das römische Recht, so wird dieß keineswegs bestätigt. Durch die Leistung an den solutionis causa adjectus wurde dem Gläubiger gezahlt, ohne daß das Eigenthum des Gelds auf ihn überging.

L. 59 de solut. 46, 3: dum enim adjecto solvitur, mihi solvi videtur.

Nicht minder liegt in der Zahlung an den erst nachträglich vom Gläubiger aufgestellten Empfangsbevollmächtigten eine Erfüllung der Geldobligation ohne Eigenthumsübertragung an den Gläubiger.

L. 59 cit.: ut nihil intersit, jubeam te Titio solvere an ab initio stipulatio ita concepta sit.

L. 34 §. 7 eod.

L. 180 R. J. 50, 17.

Die Möglichkeit des unmittelbaren Eigenthumserwerbs durch

einen gewaltfreien Vertreter bestand aber schon nach römischem Recht, so daß der Zahlende mit der Uebergabe des Gelds an den Empfangsberechtigten den Gläubiger zum Eigenthümer machen konnte und machte, wenn der Wille aller Betheiligten auf diesen Erfolg gerichtet war.

L. 13 pr. L. 20 §. 2 A. R. D. 41, 1.
L. 24 de negot. gest. 3, 5.
L. 42 §. 1 de acq. poss. 41, 2.

Auch für das heutige Recht ist zu behaupten, daß der Eigenthumsübergang bezüglich der vom Schuldner an den Empfangsbevollmächtigten geleisteten Geldstücke (Kassenscheine Banknoten) auf den Gläubiger nur möglich, nicht nothwendig ist. Ist z. B. der Inkassomandatar ein Banquier oder eine andere Person, welche gewerbsmäßig Gelder für Andere einzuziehen pflegt, so lehrt die Erfahrung, daß die einzelnen eingehobenen Beträge nicht thatsächlich gesondert gehalten werden, sondern in die allgemeine Kasse des Einzugsbevollmächtigten fallen, gegen welchen jeder Vollmachtgeber nur einen obligatorischen Anspruch erwirbt. Das weiß Jeder, der Zahlung leistet, und darum ist ebensowenig auf seiner Seite der Wille zu unterstellen, den Gläubiger an den Zahlmitteln zum Eigenthümer zu machen, als auf Seite des Inkassomandatars, für den Gläubiger Eigenthum zu erwerben, oder auch nur auf Seite des Gläubigers selbst, unmittelbar durch die Zahlung Eigenthümer zu werden. Auch bei den Inkassi eines Gesellschafters für die Gesellschaft hängt es von den Umständen ab, ob die Letztere sofort mit der Uebergabe der als Zahlung dienenden Geldstücke an den geschäftsführenden Gesellschafter Eigenthum erwerbe. Solche Umstände für die Bildung einer festen richterlichen Ueberzeugung anzuführen, ist Sache der Partei, welche sich auf den unmittelbaren Eigenthumsübergang beruft. Da es aber der Appellant hieran vollständig fehlen ließ, so konnte schon aus diesem Grund seiner Behauptung Erheblichkeit nicht beigemessen werden.

Angenommen aber auch, der ursprüngliche Eigenthumserwerb der Gesellschaft stände außer Zweifel, so würde in dem der Gesellschaftsauflösung vorausgehenden Vertrag, wonach der Appellat die vereinnahmten Gelder zur Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern verwenden sollte, eine Ueberlassung der Gelder an den Appellaten zu Alleineigenthum zu finden sein.

Selbstverständlich ist einer Gesellschaft sehr gleichgültig, mit welchen Geldstücken ihre Gläubiger bezahlt werden. Darum darf unter Geschäftsleuten nicht der Wille vorausgesetzt werden, daß der mit der Zahlung Beauftragte eine verhältnißmäßig geringfügige Summe getrennt von seinem eignen Geld aufbewahre, bis sich zur vertragsmäßigen Verwendung Gelegenheit ergibt. Stellt man sich nicht auf einen rein doktrinären Standpunkt, sondern auf den Boden des Lebens und Verkehrs, so kann man sich der Ueberzeugung nicht verschließen, daß wenigstens vom Zeitpunkt des in Rede stehenden Uebereinkommens an der Appellat für den vereinnahmten Betrag blos persönlicher Schuldner der Gesellschaft war.

Urtheil in Sachen des Kaufmanns B. Borchardt in Bernburg, Verklagten und Appellanten, wider den Hoflieferanten A. Baldix daselbst, Kläger und Appellaten, wegen 257 Thlr. 28 sgr. (Juli 1872).

XX. Der Eigenthumsvorbehaltsberechtigte braucht mit dem Angriff der von ihm verkauften Liegenschaft zu seiner Befriedigung nicht zu warten, bis die von einem anderen Gläubiger eingeleitete Execution, in welcher die Zwangsversteigerung der Liegenschaft angeordnet worden, zu Ende geführt ist.

Mitgetheilt v. Herrn Landgerichts-Assessor Hallwachs in Zwingenberg.

G. Metzgers Eheleute hatten gegen Joh. Roß Eheleute von R. verurtheilendes Erkenntniß wegen eines Restkaufschillings und verschiedener Auszugsleistungen und hierauf am 26. Juni 1872 Zwangsversteigerung der verkauften Liegenschaften, an welchen ihnen Eigenthum vorbehalten war, bei Gr. Landgericht Z. erwirkt. Hiergegen verfolgte Ph. Jost von A., dessen Rechtsvorgänger bereits am 17. Januar 1872 wegen einer ebenfalls rechtskräftigen Forderung gegen Joh. Roß Eheleute die Zwangsversteigerung derselben Liegenschaf-

ten erlangt, aber bei der abgehaltenen Versteigerung kein Gebot erzielt und dann nicht wieder auf neue Versteigerung angerufen, sondern sich darauf beschränkt hatten, theils Beschlagnahme der Crescenz, theils Verpachtung pro 1872 zu erwirken — außergerichtliche Beschwerde. Gr. Hofgericht zu D. gab dieser B. statt, in Erwägung

1) daß nach der Rechtsprechung Gr. OAG's die dem Schuldner bekannt gemachte Anordnung der zwangsweisen Versteigerung eines Grundstücks ein stillschweigendes Veräußerungsverbot enthält,
2) daß hiernach vor Erledigung eines Zwangsverfahrens die demselben unterworfenen Immobilien nicht ohne Weiteres zu Gunsten eines anderen Gläubigers zwangsweise versteigert werden dürfen,
3) daß hiernach in einem Collisionsfalle, wie der vorliegende, es nur Sache des Gerichts sein kann, ein auf Antrag des betreibenden Theils beruhendes Zwangsverfahren, falls seine Officialthätigkeit nicht eingreift, durch die Auflage an diesen zur Stellung geeigneter Anträge bei Vermeidung der Zurücknahme der Zwangsveräußerungsverfügung, wieder in Gang zu setzen.

Das höchste Tribunal stellte jedoch die Verfügung des Landgerichts Z. wieder her, indem es die hofgerichtliche Auffassung seiner Rechtssprechung nicht theilte. Anknüpfend an die in Band V Seite 288 dieses Archivs mitgetheilten Motive dieser Rechtsprechung enthält das beim höchsten Tribunal erstattete Gutachten die nachstehend im Auszug referirten Ausführungen:

1) Diese Ansichten — daß in der Anordnung einer Zwangsversteigerung ein stillschweigend an den Eigenthümer ergehendes Veräußerungsverbot gelegen sei und daß durch die Versteigerung der in Pfand genommenen Immobilien gewissermaßen eine Besitzentsetzung des Eigenthümers stattgefunden habe, die denselben an wirksamer Tradition hindern — sind nur anwendbar auf Handlungen, welche sich der Schuldner selbst während des anhängigen Executionsverfahrens über die zur Versteigerung gebrachte Sache erlangt; nur von ihnen kann man sagen, sie seien im Widerspruch mit einem stillschweigenden gerichtlichen Veräußerungsverbot erfolgt und darum wirkungslos, sie seien von einer Person ausgegangen,

deren Besitz nur noch eine Detention gewesen sei. Dagegen auf eine gerichtliche Versteigerung desselben Objekts zu Gunsten eines anderen und namentlich eines besser berechtigten Creditors können sie gar keine Anwendung finden. Die Versteigerung geht ja nicht von dem Schuldner, dem die willkürliche Disposition über seine Sache gehemmt ist, sondern von dem Gericht aus; dieses entzieht nach der vorerwähnten Theorie den Schuldner auf dem Executionsweg den Besitz des zu versteigernden Objects figürlich und untersagt ihm stillschweigend die Weiterveräußerung zum Nachtheil des die Execution betreibenden Creditors.

2) Die citirte Rechtsprechung hatte überhaupt nur Bedeutung, als es vor dem Jahre 1858 noch Privat- und gesetzliche Pfandrechte ohne Publicität gab; seit wir das Princip der Oeffentlichkeit, in Bezug auf Grundeigenthum und Hypotheken, gesetzlich durchgeführt haben, können heimliche Veräußerungen des Pfandobjects, das zur Execution gezogen ist, Seitens des Schuldners nicht mehr vorkommen, und jene Ansicht ist unpraktisch geworden, wie sie denn überhaupt auf die Concurrenz der Rechte der Creditoren selbst stets unanwendbar war.

3) Zwei Creditoren, welche ein und dasselbe Immobile zum Zweck ihrer Befriedigung anzugreifen beantragen, haben ganz gleiche Rechte. Die Priorität der Zeit des Antrags gewährt dem zuerst auftretenden keinen Vorzug. Durch die Anordnung der Zwangsversteigerung erlangt er kein Judicialpfand, sondern nur ein persönliches Recht, einen Erwerbtitel zum Pfandrecht. Es steht daher nichts entgegen, daß, wenn ein Creditor ein Grundstück des Schuldners zur Versteigerung hat bringen lassen, auch ein zweiter dasselbe versteigern läßt und daß letzterer dadurch, daß er seinen hierdurch erlangten Hypothektitel einschreiben läßt, einen Vorzug vor den ersten erhält. Läßt sich keiner inscribiren, so wird derjenige Gläubiger aus dem Executionsobject befriedigt, dessen Versteigerung zuerst genehmigt und dem dadurch ein Forderungsrecht an den Steigerer erworben ist. Das Gericht aber kann die Interessen des erstaufgetretenen Gläubigers nicht ex officio durch Zurückweisung des zweiten bis zur Erledigung des Executionsverfahrens zu Gunsten des ersten wahren.

4) Noch weniger kann eine solche Zurückweisung stattfin-

den, wenn sich der zuletzt antragende Creditor auf sein öffentlich beurkundetes dingliches Recht, seinen inscribirten Hypothektitel, oder, wie im Fragefall, sein durch Beschränkung der Ingrossation publicirtes reservirtes Eigenthum beruft. Der Eigenthumsvorbehalt ist seinem Wesen nach (Art. 7 des Gesetzes vom 21. Februar 1852) eine Veräßerung unter einer Resolutivbedingung. Dieser Character wird nicht dadurch geändert, daß zur Schonung des Besitzers und zur Abschneidung von Resiliationsprocessen (Müller, Ingrossation §. 24) der Eintritt der auflösenden Bedingung durch das Gesetz an die Voraussetzung geknüpft ist, daß der Berechtigte vorerst den Versuch mache, seine Befriedigung auf dem Weg der Hülfsvollstreckung mittelst Versteigerung des Grundstücks zu erlangen, und erst, wenn er auf diese Weise nicht bezahlt werden kann, gerichtliche Zurü verweisung seines Eigenthums beantrage. Das dingliche Recht des Reservateigenthümers ist ein absolutes, das jederzeit mit souveräner Gewalt vor allen concurrirenden Ansprüchen minder berechtigter und gar bloß persönlich berechtigter Gläubiger wirksam werden muß. Die Ansicht des Hofgerichts würde unser Grundeigenthumsgesetz in seinen Fnndamenten erschüttern.

Entsch. des OAG's zu Darmstadt in S. der G. Metzger's Ehel. zu Reichenbach, Kl. g. Ph. Jost von Allertshofen zur S. der G. Metzger's Ehel. Kl. g. Joh. Roß Ehel. zu R. Forderung betr. (1873; N. A. 521).

XXI. Die Verkaufsselbsthülfe nach dem deutschen Handelsgesetze; insbesondere das Verhältniß des Art. 343 dieses Gesetzes zu den Art. 354 und 356 desselben Gesetzes.

Mitgetheilt von Herrn Justizrath Dr. Kritzler in Darmstadt.

Kaufmann Ph. Sch. in Breslau hatte u. A. klagend vorgetragen, er habe am 1. Aug. 1870 mit M. M. in Darmstadt ein Haferlieferungsgeschäft abgeschlossen. Dabei

sei bedungen worden, daß der Hafer „franko Bahn Breslau“ vom Kläger zu liefern wäre und Beklagter denselben nächste Woche — 7. bis 13. Aug. 1870 — in Breslau gegen Baarzahlung des bedungenen Preises zu beziehen habe. Kläger habe schon am 6. Aug. 1870 den Hafer auf der Bahn Breslau übergeben und den Beklagten wiederholt zur Empfangnahme des Hafers und Zahlung des Preises aufgefordert; Bekl. hätte indessen Beides verweigert. Kläger habe daher nach vorheriger Androhung den Hafer, der damals in Breslau einen Börsenpreis gehabt, durch einen Handelsmäkler verkaufen lassen und den Netto-Erlös auf den schuldigen Kaufpreis abgerechnet. In der Klage wurde, gestützt hierauf, der noch verbliebene Rest des zwischen Ph. Sch. und M. M. bedungenen Preises eingeklagt. — Der Beklagte setzte dieser Klage u. A. auch Folgendes entgegen: Kläger verlange Schadensersatz, habe aber dem Bekl. dieß vorher nicht angezeigt; ebensowenig habe Kläger dem Bekl. eine angemessene Frist zur Nachholung der Empfangnahme und Zahlung gesetzt, indem die telegraphisch 3 Tage vor dem Verkauf des Hafers in Breslau — 27. Aug. 1870 — dem Beklagten gesetzte Frist in der damaligen Kriegszeit zu kurz gewesen sei, um noch das Versäumte nachzuholen; ferner sei der Hafer, wenn er nach Klägers Angabe „franco Bahn Breslau“ zu liefern gewesen wäre, von Kläger auch wirklich für den Beklagten bereits dort geliefert worden. Es sei daher der Hafer nicht mehr der Verkaufsselbsthülfe des Klägers unterworfen gewesen, weil nach der Tradition Verkäufer nicht mehr über die verkaufte Sache verfügen könne. Vorsorglich wurde noch weiter behauptet, Kläger hätte einen höheren Erlös erzielt, wenn er alsbald nach Ablauf der Lieferzeit verkauft und nicht noch mehrere Wochen, wie er in Wirklichkeit gethan, mit dem Verkauf gewartet hätte, und wurden hierauf Gegenansprüche gestützt. Bekl. nahm Bezug auf die Art. 356 und 354 des H.-G.-B's. und bat um Abweisung der Klage. Gr. Stadtgericht D., bei welchem dieser Proceß in I. J. bis zum Schlusse verhandelt wurde, entsprach insoweit dem Petitium der Erklärung, als es die Klage wie angebracht abwies. Diese Entscheidung war vorzugsweise darauf gestützt, daß dem Kläger, weil nach seinem eigenen Vorbringen der Hafer bereits in Breslau auf der

Bahn für den Bekl. niedergelegt, also demselben bereits tradirt gewesen sei, dem Kläger die Verkaufsselbsthülfe nicht mehr zugestanden habe. — Per majora wurde dieser Bescheid in II. J. vom Hofgericht in D. bestätigt und auch der erwähnte Hauptentscheidungsgrund I. J. gebilligt. — In III. J. wurde diese Sache bei dem Reichsoberhandelsgericht zu Leipzig entschieden, indem es die Entscheidungen der I. und II. J. aufhob, die Klage wie angebracht aufrecht hielt und die Sache zum Zwecke des Erlasses eines Beweisinterlokuts an Gr. Stadtgericht D. zurückgab. In den Motiven wurde u. A. bemerkt: Kläger fordern in der vorliegenden Klage Zahlung der Differenz zwischen dem nach Abzug der Kosten verbliebenen Reinerlöse in Folge Verkaufsselbsthülfe und dem unter den Partieen bedungen gewesenen Kaufpreise. Nach den Grundsätzen des gem. Rechts sei aus den Behauptungen Klägers nicht eine Tradition, sondern nur eine reelle, jedoch nicht acceptirte Offerte der Tradition zu entnehmen. Nur hierzu sei er nach dem Vertrag verpflichtet gewesen und habe er auch nicht den Hafer der Bahn Breslau zur Lieferung an den Beklagten als dessen Vertreterin übergeben, sondern er habe den Hafer nur dort niedergelegt, damit Bekl. ihn hier (Bahn Breslau) gegen Zahlung des Kaufpreises in Empfang nehme. Bekl. habe Letzteres nicht gethan. Sonach könne der Hafer als dem Beklagten übergeben nicht betrachtet werden. Wollte man aber den Hafer auch als dem Bekl. tradirt ansehen und annehmen, er sei vom Kläger der Güterexpedition Breslau als Stellvertreterin des Bekl. übergeben worden, so fehlte es zwar allerdings an einer wesentlichen Voraussetzung des Art. 345 des HGB's, allein es würden immerhin für die Verkaufsselbsthülfe doch die Voraussetzungen des Art. 343 dieses Gesetzes vorliegen. Dieser Art. mache nemlich das Recht der Verkaufsselbsthülfe von keiner andern Voraussetzung abhängig, als: daß der Käufer sich im Empfangs-Verzuge befinde. Diese mora accipiendi liege aber nach den Behauptungen des Klägers zweifellos vor. Es sei eine durchaus willkürliche, weder durch die Worte, noch durch die ratio des Art. 343 des HGB. gerechtfertigte Annahme, die fragliche Bestimmung auf die Zeit vom Vertragsabschluß bis zur Tradition zu beschränken. Diese Bestimmung komme in vielen Fällen, auch nachdem die

Tradition erfolgt, besonders wo das Partikularrecht dieselbe in eine frühere Zeit wie das gemeine Recht verlege, vor, und es würde als eine wesentliche Lücke der Gesetzgebung anzusehen sein, wenn die Verkaufsselbsthülfe, obwohl Käufer in mora accipiendi sei, deßhalb ausgeschlossen werden sollte, weil die Tradition bereits erfolgt wäre. conf. Entsch. des Reichs-O.-H.-Ger. Bd. 4, S. 15 ff. Die Bestimmnng des Art. 343 sei von derjenigen des Art., 354 völlig nnabhängig. Wenn also der angeblich am 27. Aug. 1870 erfolgte Verkauf des Hafers in Breslau nicht schon nach Art. 354 gerechtfertigt gewesen wäre, so würde er doch unter allen Umständen nach Art. 343 gerechtfertigt sein. Auch der aus Art. 356 des HGB's. hergenommene Einwand des Bekl., Kläger habe ihm weder die dort vorgeschriebene Anzeige, daß er Schadensersatz statt Erfüllung fordere, gemacht, noch ihm eine angemessene Nachfrist zur purgatio morae gewährt, sei rechtlich nicht begründet. Ebensowenig sei dieß der weitere Einwand, Kläger habe die zweite Alternative des Art. 354 nicht mehr wählen können, weil er seiner eigenen Behauptung nach wiederholt Erfüllung gefordert und so bereits von seinem Wahlrecht dergestalt Gebrauch gemacht habe, daß er nicht mehr hätte variiren können. Ob Kläger den Vorschriften des Art. 356 genügt habe, könne nur dann erheblich sein, wenn Kläger nur auf Grund des Art. 354 zu dem Verkaufe vom 27. August berechtigt gewesen wäre. Da aber, wie oben ausgeführt, dieser Verkauf ganz abgesehen von Art. 354 schon nach Art. 343 gerechtfertigt sei, so komme es auch nicht darauf an, ob Kläger dem Art. 356 genügt habe, weil die Ausübung des im Art. 343 dem Verkäufer beigelegten Rechts von der Befolgung der Vorschriften des Art. 356 unabhängig sei. Die Klage brauche nicht unter die zweite Alternative des Art. 354 subsumirt zu werden. Dieselbe sei einfach auf Erfüllung des Vertrags Seitens des Käufers durch Zahlung des Kaufpreises gerichtet. Kläger bringe davon und mit Recht; den Nettoerlös des Verkaufs vom 27. August in Abzug und erfülle durch die Niederlegung des Hafers auf dem Bahnhofe zu Breslau, durch den demnächstigen Verkauf des Hafers auf der dortigen Fruchtbörse und durch den Abzug des Erlöses von dem vom Bekl. geschuldeten Kaufpreise zugleich seine Vertragspflicht. Von einer Forderung darüber,

ob Kläger dem Art. 356 genügt habe, könne daher abgesehen werden. Auch bezüglich des Zeitpunktes des Verkaufs sei Verkäufer nach Art. 343 nicht beschränkt. So lange die mora accipiendi des Käufers fortdauere, könne Verkäufer die Verkaufsselbsthülfe ausüben. Die Behauptung des Beklagten, Kläger hätte einen höheren Erlös erzielt, wenn er den Hafer alsbald nach Ablauf des 13. August verkauft hätte, sei daher rechtlich ohne Belang. Es liege auch zu einer solchen Beschränkung des Verkäufers bezüglich des Zeitpunktes des Verkaufs kein Bedürfniß vor. Der Käufer sei ja jederzeit selbst in der Lage weiteren Schaden zu verhüten, daß er seiner Vertragspflicht zur Empfangnahme und Bezahlung der Waare nachkomme. Er könne daher dem Verkäufer aus dem Aufschube des Verkaufs, welcher überdieß in der Regel im Interesse des Käufers selbst erfolgen werde, einen Vorwurf nicht machen.

Entsch. des R.O.H.G's II. Sen. v. 15. Febr. 1873 (ROHG. E. Nr. 1023. Rep. Nr. 8).

XXII. Vermögensübertragung mit Verpflegungsvorbehalt. Donatio? und bejahenden Falls donatio mortis causa oder inter vivos?*)

Mitgetheilt von W. Heinzerling.

Tag für Tag werden, namentlich auf dem Lande, kurz vor dem Tode bezw. bei schwerer Krankheit einer unbeerbten Person Verträge — Schenkungs-, Verpflegungs-, Erbverträge 2c. — abgeschlossen, welche die Absicht haben, anstatt einer testamentarischen Verfügung, das Vermögen des Erkrankten oder Theile desselben noch rasch bestimmten Personen zuzuwenden. Diese Verträge werden vielfach von den Ortsgerichten aufgenommen, welche, beim Mangel juristischen Kenntnisse, dieselben oft so abfassen, daß über die rechtliche Natur derselben Zweifel entstehen. Die rechtliche Natur ist aber namentlich in zwei Richtungen von der größten Bedeutung, nämlich einmal insofern, als Schenkungen auf den

*) Vgl. auch dieses Archiv N. F. Bd. 6, S 168 2c.

Todesfall, wenigstens wenn sie den Betrag von 500 Solidi übersteigen, zu ihrer Giltigkeit gerichtlicher Insinuation bedürfen, und sodann als derartige Schenkungen auch collateralsteuerpflichtig sind, während dies bei Schenkungen unter Lebenden und resp. Verpflegungsverträgen nicht der Fall ist.

Das höchste Gericht in Darmstadt war schon mehrfach in der Lage, sich in einzelnen Fällen über die hier in Betracht kommenden Kriterien zu äußern, namentlich sind uns zwei Fälle bekannt geworden, welche geeignet sind, die Grundsätze kennen zu lernen, von welchen der genannte Gerichtshof in der fraglichen Materie ausgeht. Der eine Rechtsfall findet sich bereits anderwärts

Seuffert, Arch. Bd. XXVI. Nr. 130

mitgetheilt. Der andere möge hier eine Stelle finden.

Bezüglich des Inhalts des damals in Rede stehenden Vertrags verweisen wir zunächst auf die Nummer XVIII und heben sodann aus dem vom Colleg gebilligten Gutachten des Referenten hervor:

Ich bin mit dem oaantischen Anwalt und dem hofgerichtlichen Gutachten darin einverstanden, daß der Vertrag nichtig sein würde, wenn derselbe eine Schenkung auf den Todesfall enthielte, weil die Errichtung vor dem Vorsteher des Ortsgerichts nicht als gerichtliche Insinuation gelten und auch von einer Klage auf Nachholung dieser Form hier offenbar keine Rede sein kann. Dagegen würde die Giltigkeit des Vertrags nicht zu beanstanden sein, wenn darin eine donatio inter vivos enthalten wäre. Diese Schenkuug würde wegen der vom Donatar sich ausbedungenen Verpflegung nicht als reine Schenkung, sondern als donatio sub modo sich darstellen, welche auch, wenn sie den Betrag von 500 Solidi überschreitet, einer gerichtlicheu Insinuation nicht bedarf. Leyser, Med. Spec. 435 med. 3; Mühlenbruch, Pand. §. 443; Seuffert, Arch. I. 341. Es ist dieser Punkt in der Theorie zwar bestritten und sind namentlich anderer Ansicht v. Savigny a. a. O. §. 154 Note m; Puchta, Pand. §. 71, die Praxis folgt jedoch, soviel ich weiß, der hier vertheidigten Ansicht. Unter allen Umständen würde die Schenkung bis zum Betrag von 500 Solidi giltig sein, weßhalb die unbedingte Abweisung der Klage in keinem Falle erfolgen

könnte. Wenn übrigens der Hofgerichtsreferent bemerkt, daß hier kein Verpflegungsvertrag, kein Vertrag do ut des vorliege, so ist dies insofern nicht richtig, als ein Verpflegungsvertrag, wie der hier fragliche, eine Schenkung, eine donatio sub modo ist, c. 1. C. de don. sub modo (8. 55); v. Savigny a. a. O. S. 135, wie auch dieses oberste Gericht schon mehrfach ausgesprochen hat, Arch. f. pr. R. W. VII. S. 145; Seuffert, Arch. IX. 155, und eine solche Schenkung als ein Vertrag do ut des, oder do ut facias sich darstellt, v. Savigny a. a. O. S. 281.

Was nun die Frage anbelangt, ob in dem Vertrag vom 11. Juni 1863 eine donatio mortis causa oder eine donatio inter vivos enthalten sei, so wird man, im Einverständniß mit dem judicium a quo, nur dies letztere annehmen können. Das Wesen der donatio mortis causa besteht — worüber in der Theorie durchaus kein Streit herrscht — darin, daß sie nur giltig sein soll, wenn der Schenker vor dem Beschenkten sterben werde, v. Savigny a. a. O. S. 239 κ.; v. Vangerow a. a. O. S. 657 ꝛc. Eine hierauf gerichtete Absicht des Donatars muß, wenn eine Schenkung auf den Todesfall angenommen werden soll, klar vorliegen, weil im Zweifel für die donatio inter vivos die Vermuthung, namentlich in dem Falle streitet, wenn die Paciscenten die für die donatio m. c. vorgeschriebenen Förmlichkeiten nicht beobachtet haben. Seuffert, Arch. III. 265; XII. 31.

Fassen wir vorerst den Inhalt der Vertragsurkunde in's Auge, so hat darin H. D. mit Bezug darauf, daß sein Schwager Joh. F., dessen Frau und Tochter ihn bisher verpflegt und sich als nahe Verwandte gegen ihn benommen hätten, erklärt: daß er denselben sein ganzes Vermögeu hiermit erb- und eigenthümlich schenken und übergeben wolle, sodaß sie die besagten Vermögensstücke nach seinem Ableben sofort übernehmen, haben und behalten und damit, wie mit anderem Eigenthum, schalten und walten sollten, zugleich die Erwartung ausgesprochen, daß dieselben ihn nach wie vor verpflegen würden und für den Fall, daß die Beschenkten sich undankbar gegen ihn betragen sollten, den Widerruf der Schenkung sich vorbehalten. In diesem Vertrag ist m. E. nichts zu finden, woraus die Absicht des Schenkers zu erkennen wäre, daß die Schenkung erst dann widerruflich sein solle, wenn derselbe vor

den Beschenkten sterbe, dieselbe erlöschen solle, wenn letztere vor ihm mit Tod abgingen. Namentlich läßt die Bestimmung des Vertrags, wonach H. D. die Objecte der Schenkung den Beschenkten in der Art übergibt, daß sie nach seinem Ableben dieselben sofort übernehmen und behalten und damit wie mit anderm Eigenthum schalten und walten sollen, auf eine solche Intention keineswegs schließen. Durch diese Bestimmung wird nur der Vollzug, die vollständige Erfüllung der Schenkung bis nach dem Tode des Schenkers verschoben, der unbedingte Rechtsbestand des Geschäfts aber in keiner Weise berührt. Daß die geschenkten Sachen erst nach dem Tode des Schenkers in das Eigenthum des Beschenkten übergehen sollen, ist durchaus kein charakteristisches Merkmal der Schenkung von Todeswegen. Wie die Erfüllung eines jeden Vertrags bis nach dem Tode des Promittenten ausgesetzt werden kann, so ist dies auch bei der Schenkung unter Lebenden möglich. Auf der andern Seite tritt aber auch ein solches Verhältniß sogar bei der donatio m. c. nur ausnahmsweise ein, indem ohne eine deßfallsige ausdrückliche Bestimmung das Eigenthum sofort auf den Donatar übergeht. v. Vangerow a. a. O. S. 658. H. D. hat sich, wie ich den Vertrag auslege, Besitz und Eigenthum für seine Lebzeiten vorbehalten, indem er außer dem Schenkungsversprechen den Donataren nur die Erlaubniß ertheilt hat, nach seinem Tode Besitz zu ergreifen und damit das Eigenthum zu erwerben. Die Annahme des Hofgerichtsreferenten, daß H. D Besitz und Eigenthum sofort definitiv auf die Beschenkten übertragen und nur die lebenslängliche Nutznießung sich vorbehalten habe, scheint mir mit den Worten des Vertrags nicht im Einklang zu stehen. Von dem Vorbehalt des Nießbrauchs ist darin nicht die Rede, ein constitutum possessorium, welches hier unterstellt werden müßte, nicht zu präsumiren und namentlich nicht in der wörtlichen Erklärung, daß man eine Sache tradiren wolle, welche vielmehr nur dem Andern das Recht gibt, den Besitz der Sache zu ergreifen, zu finden. v. Savigny, Besitz S. 330. In dem vorliegenden Fall hat übrigens H. D. seine Erklärung, daß er die Sachen hiermit übergeben wolle, durch die Bemerkung beschränkt: sodaß sie die besagten Vermögensstücke nach meinem Ableben übernehmen ꝛc. sollen, und dadurch die Erlaubniß zur Besitz-

ergreifung, wie ich glaube, nur für die Zeit nach seinem Tode gegeben, weßhalb umsoweniger angenommen werden kann, daß er den juristischen Besitz auf die Beschenkten sofort übertragen und nur die Detention behalten habe. Positiv für eine donatio inter vivos dürfte aber der vom Schenker sich vorbehaltene Widerruf der Schenkung für den Fall der Undankbarkeit der Donatare sprechen! Denn abgesehen davon, daß dieser Vorbehalt, wenn man eine donatio mortis causa beabsichtigt hätte, bei der unbedingten Widerruflichkeit derselben, ganz überflüssig gewesen wäre, so hat der Schenker auch damit zu erkennen gegeben, daß die Schenkung einzig und allein in dem Falle der Undankbarkeit solle revocirt werden können, abgesehen von diesem Falle aber sofort unbedingt rechtskräftig sein solle. Offenbar greift hier nicht sowohl die Rechtsregel: unius positio non alterius exclusio, als vielmehr das argumentum a contrario Platz. Auch die Umstände, unter welchen die Disposition getroffen wurde, stehen der Annahme einer Schenkung unter Lebenden nicht entgegen und gilt dies namentlich von der Thatsache, daß H. D. am Tage nach dem Abschlusse des Vertrags gestorben ist. Mag auch die Errichtung der Disposition durch die Krankheit des H. D. und den Gedanken an die Möglichkeit eines baldigen Todes veranlaßt worden sein, was mir sogar wahrscheinlich zu sein scheint, so läßt sich daraus doch gewiß nicht der Schluß ziehen, daß derselbe nur eine, durch sein vor dem Tode der Beschenkten erfolgendes Ableben bedingte Schenkung habe errichten wollen. Krankheit und Todesgedanken können ebensogut auch zu einer Schenkung unter Lebenden Veranlassung geben. In einem, dem vorliegenden ganz ähnlichen Fall, wo der Schenker ebenfalls am Tage nach dem Vertragsabschlusse gestorben war, hat das oberste Gericht auf dieses Verhältniß nicht das mindeste Gewicht gelegt und den betr. Vertrag für eine donatio inter vivos erklärt, obgleich derselbe sogar als Erb- und Verpflegungsvertrag überschrieben war.

Erk. in S. des Ludwig Diehl I. von Oberohmen und Cons. Kl. &c. gegen Johannes Finkernagel, dessen Ehefrau und Tochter zu Ruppertenrod, Erbschaft betr. vom 8. April 1865 Lit. D. Conv. 15.

